ORGANIZADORES:

FÁBIO LIMA QUINTAS

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP

GRUPO DE TRABALHO: PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

AUTORES:

BÁRBARA DE FÁTIMA MARRA CLAUSS

KAYO CÉSAR ARAÚJO DA SILVA

LUCAS DE ARAÚJO DUARTE

NATHALIA VERGARA

idp INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Organização

Fábio Lima Quintas

Guilherme Pupe da Nóbrega

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP - GRUPO DE TRABALHO: PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

1ª edição

Autores:

Bárbara de Fátima Marra Clauss

Kayo César Araújo da Silva

Lucas de Araújo Duarte

Nathalia Vergara

IDP

Brasília

2016

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Coordenadores:

Fábio Lima Quintas

Guilherme Pupe da Nóbrega

Esta publicação é resultado do Grupo de Trabalho – Processo Civil e Constituição realizado no XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP liderado pelo professor do mestrado da EDB, Dr. Fábio Quintas e organizado pelo Centro de Pesquisa – CEPES do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), ocorrido no dia 28/10/2016 de outubro de 2016, consubstanciado na apresentação dos trabalhos acadêmicos previamente selecionados pelo sistema OJS e avaliados pelo método do *double blind review* no Portal de Grupos de Trabalho do IDP (http://portalgt.idp.emnuvens.com.br/).

Os grupos de trabalho realizados nos grandes eventos do IDP visam integrar e divulgar as linhas de pesquisa e os trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado e centros de pesquisa do Brasil, abrindo um importante espaço de divulgação e debate de produções de artigos científicos. O Congresso contou com a participação de profissionais e pesquisadores de diferentes regiões do país que se reuniram e promoveram um debate intenso sobre a temática condutora: “Constituição e Novas Tecnologias: Interfaces para um Novo Direito Constitucional”. Cada Grupo de Trabalho teve um temática específica.

Os debates do Grupo de Trabalho – Processo Civil e Constituição trataram de temas de relevância nacional e cuja participação tanto de profissionais e pesquisadores justificou a produção de um livro com o resultado de todas estas reflexões. Viabiliza-se, dessa forma, o oferecimento para toda a comunidade acadêmica e profissional de uma obra de potencial impacto, dada sua atualidade e emergência de seu conteúdo e o caráter inovador de suas proposições.

Espera-se que a leitura destes textos possa conduzir o leitor a uma reflexão sobre temas atuais associados ao processo civil, bem como sobre a conformação constitucional e legal dada à jurisdição, seja aquela praticada diuturnamente pelos Juízes e Tribunais na resolução de conflitos (jurisdição ordinária), seja aquela atinente ao controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional).

Boa leitura!

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DESAFIOS E LIMITAÇÕES FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PROCEDURAL CONVENTIOS AND THE PROCEDURE CODE: CHALLENGES AND LIMITATIOS FACING THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Bárbara de Fátima Marra Clauss[1]

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar como o Novo Código de Processo Civil inovou no âmbito dos negócios jurídicos processuais e de que forma estes podem flexibilizar os procedimentos em prol da vontade das partes. Apresentou a evolução nos conceitos de processo e na modulação dos procedimentos. Abordou os requisitos de existência, validade e os direitos que servem de objeto a convenção. Por fim, sob tal enfoque objetivou-se, ainda que de forma exemplificativa, elencar desafios e limitações do instituto, traduzindo os anseios da doutrina moderna sobre a temática, sob a perspectiva de preservar os direitos fundamentais e a ordem pública.
Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Novo Código de Processo Civil. Desafios e limitações. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This study aimed to analyze how the new Civil Procedure Code innovated within the procedural conventions and how they can streamline procedures for the benefit of the parties. Presented the developments in the process of concepts and modulation procedures. He addressed the existence of requirements, validity and the rights that are the object convention. Finally, under this approach aimed to, although exemplary way to list challenges and limitations of the institute, reflecting the aspirations of modern doctrine on the subject from the perspective of preserving the fundamental rights and public order.
Keywords: Procedural conventions. New Brazilian Procedure Code. Challenges and limitatios. Federal Constitution of 1988.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) abarcou em seu texto transformador instituto: o negócio jurídico processual. As convenções sobre matéria processual durante muito tempo, ou foram ignoradas, ou não foram

[1] Advogada. Graduada pela Universidade Católica de Brasília (2013), com especialização em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2016).

reconhecidas pela doutrina brasileira, mas ganharam destaque como uma das maiores contribuições ao processo colaborativo no novo diploma processual brasileiro.

Nessa perspectiva, esse trabalho visa demonstrar por meio dos negócios processuais uma evolução no próprio conceito e finalidade do processo.

A investigação científica resultado desse artigo científico tem como mola propulsora as seguintes questões: qual a contribuição do negócio processual na flexibilização dos procedimentos? Quais os possíveis desafios e limitações do instituto em face da preservação da ordem pública e dos direitos fundamentais?

Sob a ótica de valorizar a liberdade como verdadeiro direito fundamental (art. 5º, caput, CF/ 1988), o Novo Código de Processo Civil não somente dispõe sobre negócios processuais típicos, como permite acordos processuais atípicos em seu artigo 190.

Isso importa dizer que as partes poderão dispor de um calendário processual (art. 191, §§1º e 2º, CPC), convencionar sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, CPC), escolher em consenso um perito e por meio da cláusula autorizativa presente no art. 190 negociar tantas outras regras e atos processuais, como acordar sobre ampliação ou redução de prazos.

Nada obstante, a liberdade de dispor sobre regras procedimentais vistas por anos como regras fatalmente cogentes traz ampla discussão acadêmica sobre seus objetos. Até onde é possível firmar acordos? A recente entrada em vigor do texto legal ainda não proporcionou um consenso prático.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica, tendo em vista que o assunto envolve, além de uma inovação legislativa, um novo paradigma ideológico para o desenvolvimento do processo no Brasil.

Sendo assim, o objetivo primordial do presente trabalho consiste em discutir a forma com que os negócios jurídicos processuais ganharam espaço no processo brasileiro e quais os seus requisitos, objetivos, avanços e barreiras com a entrada em vigor do CPC 2015.

Para tal fim investigativo, foi utilizada uma metodologia de caráter predominantemente bibliográfico devido à possibilidade de aprofundamento teórico e argumentativo, sob a égide de uma abordagem qualitativa, que favorece, por sua vez, a análise do teor dos dados que abrange as áreas jurídicas, sociológicas e filosóficas.

Nesse sentido, a coleta de dados foi feita pela documentação indireta, por meio do método descritivo, comparativo, bem como histórico, os quais permitem uma associação por meio de livros, artigos, legislação e jurisprudência.

O resultante da pesquisa realizada apresenta o instituto do negócio processual, apresentando seus requisitos de existência e validade, destacando, inclusive, os prováveis desafios e limitações do instituto, levando-se em consideração a preservação de direitos fundamentais e expondo a mudança ideológica necessária aos sujeitos do processo, o que inclui, por exemplo, os juízes e a Fazenda Pública.

Sendo assim, a presente pesquisa alcança seus objetivos por meio de uma análise detida sobre o posicionamento dos operadores do direito acerca do tema, o que inclui doutrina, legislação e enunciados do FPPC (Fórum Permanente dos Processualistas Civis) e do ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados).

DA ANÁLISE

O direito processual moderno é vinculado ao valor de instrumentalidade. O processo é instrumento que deve servir ao direito material subjacente. Não é, sob tal ótica, nem o protagonista, nem o coadjuvante, mas um verdadeiro veículo de solução de conflitos.

Como meio de solução de uma questão material, o processo não se perfaz imutável, rígido e sem movimento. Ao contrário, deve-se buscar amoldá-lo sempre, de modo a servir para a controvérsia.

Não se fala em preponderância do direito material sobre o direito processual, mas em uma complementariedade necessária, posto que o

processo, como veículo e instrumento, dá a voz necessária para a realização dos projetos do plano material (DIDIER JR., 2016, p. 40).

O processo goza de autonomia, mas essa não é absoluta: para existir há que se falar em uma situação concreta, sob pena de admitir-se procedimentos ocos. O processo, em suma, só será efetivo se servir como instrumento adequado de pacificação.

Como meio de pacificação, o processo não é somente expressão da jurisdição e nem é meio estritamente técnico de solução de conflitos, o processo é soma de deveres, poderes, faculdades e sujeições, as quais as partes conflitantes são chamadas para realizarem em cooperação.

Sobre a sistemática atual assim dispõe o Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

> Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio de atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática (OLIVEIRA, 2008, p. 125-150).

O valor da instrumentalidade em si é construção de um debate antigo. Muito se analisou sobre a relação entre o processo e o direito material, sendo possível subdividir a história do direito processual em quatro fases: o praxismo ou sincretismo; processualismo; instrumentalismo; e o neoprocessualismo.

No praxismo havia uma inevitável transposição entre o direito material e o direito processual, afastando o processo da qualidade de objeto científico. Guilherme Botelho explana que “enquadram-se, nesse período, todas as fases do direito romano (clássico e pós-clássico), além de toda a história jurídica do Brasil colônia portuguesa, do período colonial e do monárquico” (BOTELHO, p. 22).

Em contrapartida, no processualismo e no instrumentalismo o direito processual ganha relevo metodológico como ciência autônoma, mas sob enfoques distintos. Enquanto a primeira cuidou de criar institutos processuais, a segunda olhou para o processo sob o prisma do jurisdicionado e da sociedade (CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P, DINAMARCO, 2011, p. 48)

No praxismo ou sincretismo, em suma, não havia distinção entre o direito material e o direito processual; no processualismo desenvolveu-se o caráter científico do processo, distinguindo-o do direito material; no instrumentalismo o processo ganha o papel de concretizar a realização do direito material e no neoprocessualismo as categorias processuais são revisitadas sob o aspecto formal valorativo da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais (DIDIER JR., p. 257-263).

Vive-se, atualmente, a fase chamada de formalismo-valorativo ou neoprocessualismo, identificada como a faceta processual do neoconstitucionalismo (AVELINO, 2015, p. 220). Importante salientar que com as mudanças na forma de se encarar o processo, romperam-se barreiras nos procedimentos.

Tal diferença merece destaque. Enquanto o processo engloba todo o conjunto de atos encadeados no tempo por uma relação processual, o procedimento se consubstancia na forma pela qual a lei determina que tais atos sejam encadeados.

O procedimento, na verdade, nada mais é do que uma tessitura, uma costura cronológica e ordenada dos atos processuais. É preciso dar ao movimento da relação jurídica processual método, que se caracteriza por essa sucessão de atos processuais concatenados ao longo do tempo (WAMBIER; BASILIO, 2015, s.p.).

De forma tradicional, a legislação processual traça um determinado procedimento, cujas regras, em princípio, não podem ser alteradas pelos reais interessados, ou seja, as partes, e nem sequer pelo juiz - autoridade que gozou por muito tempo do título de protagonista do processo.

Todavia, as regras ditas cogentes deram espaço para procedimentos marcados por traços como particularização, individualização, fragmentação, adaptação e maleabilidade (COSTA, 2016, p. 479).

No plano mundial, buscando racionalizar a marcha do processo, o sistema inglês, em 1999, introduziu a reforma denominada *The Woolf Reforms,* almejando celeridade por meio da interação entre o julgador e as partes.

Sobre a reforma britânica, José Rogério Cruz e Tucci (2016, p. 25-26) assim consignou:

> [...] nas hipóteses mais complexas, o procedimento a ser adotado pela Regra 29 das Civil Procedure Rules é o denominado multi-track, que confere ao tribunal ampla liberdade de atuação, admitindo alterações na consecução dos atos processuais, em consonância com a natureza, relevância e duração da demanda.
>
> Para início desse respectivo procedimento é prevista a realização de um significativo ato processual, informado pela oralidade, denominado case management conference, ou seja, uma audiência na qual, sob a direção do juiz, em franca cooperação, as partes convencionam os limites do litígio e estabelecem, de comum acordo, o cronograma e a sequencia das provas a serem produzidas (CRUZ E TUCCI. 2016, p. 25-26)

Isto é: as especificidades da causa se tornaram essenciais para escolha da condução do processo inglês. O juiz ganhou poderes de gestão, alguns denominados de *case manegement*, que autorizam a flexibilização do litígio em prol da justiça substancial (CABRAL, 2016).

As convenções sobre os atos procedimentais são igualmente admitidas na França e na Itália, com flexibilização relevante nos anos de 2005 e 2009, respectivamente.

No direito italiano, a legislação oportunizou a criação de calendários processuais, em que o juiz, junto com as partes e após a fixação dos pontos controvertidos e escolha dos métodos probatórios, realiza uma previsão para findar os procedimentos (CEPONI, apud, CABRAL, 2016, p. 311).

Já nos processos franceses iniciou-se uma harmonização do princípio da cooperação com o princípio do contraditório, oportunizando uma verdadeira

colaboração entre as partes. Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral consigna que:

> E essa colaboração deve ser buscada espontaneamente pelas partes e pelo Estado, tanto por mecanismos legais quanto por instrumentos consensuais. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo plural entre os sujeitos do processo em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele específico, como, por exemplo, prazo limite para alegações, prazo para julgamento, troca de documentos, dispensa de recursos etc. (2009, p. 219)

Os franceses, portanto, admitem a flexibilização procedimental com a concessão de autonomia às partes e seus advogados por meio do *contrat de procédure*. A regularização legal ocorreu por meio do Decreto nº 1.678/05, cuja redação introduziu a possibilidade de um calendário.

Registra-se que a doutrina alemã já desenvolvia o conceito de negócios jurídicos processuais a partir do final do século XIX e nas últimas décadas o tema está aceito predominantemente na doutrina portuguesa (NOGUEIRA, 2016).

No Brasil, durante muito tempo, às partes bastaria narrar os fatos e a instrução e aplicação do direito restariam privativamente ao magistrado. Esse protagonismo do juiz aliado aos pilares do publicismo e do estatismo impediam que a flexibilização dos procedimentos, e, em especial, que os negócios processuais ganhassem força na legislação brasileira, já que qualquer convenção soa em tons próprios do direito privado:

> O processo compreenderia um concurso de atuações de sujeitos diferenciados: uns pedem; outros, munidos de poderes e autoridade, decidem. Isso denotaria que as partes encontrar-se-iam em posição de inferioridade, não havendo posição de igualdade entre o juiz e as partes. Esse pensamento formou o dogma da irrelevância da vontade no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade. Logo, seria irrelevante a vontade das partes no processo (CUNHA, 2016, p. 50)

Neste dogma da irrelevância da vontade no processo não haveria o que interpretar sobre os atos processuais, muito menos que se falar em negócios processuais.

Pedro Henrique Nogueira (2016) em análise histórica refere que ainda na vigência do Regulamento nº 737, de 1850, já era possível localizar artigos dos quais se extrai possibilidades de negócios jurídicos processuais atuais.

O autor afirma que ao revogar a legislação filipina, o regulamento previa "a conciliação prévia nos processos judiciais (art. 23), a convenção para estipulação do foro (art. 62), a estipulação de escolha do procedimento sumário (art. 245), o juízo arbitral voluntário [...]" (NOGUEIRA, 2016, p. 139).

Sem embargo, majoritariamente entende-se que as convenções processuais só foram reconhecidas, de forma ainda tímida, no Código de Processo Civil de 1973, conforme explana Bruno Garcia Redondo:

> Devido à contundência do protagonismo do juiz na relação processual, a autonomia da vontade das partes (para convencionarem sobre suas situações processuais) encontrou, como regra geral, espaço bastante limitado sob a égide do Código de 1973. Dito diploma estabeleceu número reduzido de convenções processuais típicas, regulando apenas determinadas situações processuais. [...] O entendimento que, na época, prevaleceu no plano doutrinário, sustentava que o Código de 1973 teria sido silente quanto à possibilidade de convenções atípicas pelas partes [...]. (REDONDO, 2016, p. 359)

Destacam-se, dentre outros, os seguintes negócios processuais típicos dispostos no Código de Processo Civil de 1973:

a) acordo de eleição de foro (art. 111);
b) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114);
c) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III);
d) convenções sobre prazos dilatórios;
e) convenção para suspensão do processo (art. 265, II, e 792);
f) desistência da ação (art. 267, §4º; art. 301, IX);
g) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX);
h) transação judicial (arts. 269, III, 475-N, III e V, e 794, II);
i) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único);

Os referidos negócios jurídicos processuais são chamados por Moacyr Amaral dos Santos de *atos dispositivos*, classificando em I) unilaterais; II) concordantes, e III) contratuais. Enquanto os unilaterais se perfazem pela manifestação de uma única parte, a exemplo da desistência do recurso, os contratuais exigem declarações bilaterais expressas de vontade. Os concordantes, por sua vez, se consolidam com a declaração de vontade de uma parte a que adere a parte contraída, a exemplo da inércia do réu em não opor exceção de incompetência (SANTOS, 2007).

José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 98), por sua vez, admite os negócios como convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual. Fato é que os negócios processuais surgiram ainda como hipóteses excepcionais, pois a regra seria observar a norma processual como cogente.

Todavia, o Código de Processo Civil de 2015, em consonância com as melhores técnicas mundiais pertencentes tanto ao *commow law* quanto ao *civil law*, almeja dotar os sujeitos processuais de maior autonomia sobre atos e sobre o procedimento, o que inclui a previsão de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, sendo este último, considerado por alguns doutrinadores, criação genuinamente brasileira, sem precedentes mundiais na mesma amplitude.

O negócio jurídico consiste em modalidade de ato jurídico cujo conteúdo é traçado pelo sujeito que o celebra, ou seja, é, sobretudo, uma manifestação de vontade. A distinção entre o mesmo e o ato jurídico em sentido estrito é tema cercado de dificuldades, pois ambos possuem manifestação de vontade que produz efeitos previstos em lei, mas cuja liberdade de escolha de categoria jurídica não é similar.

Nesse sentido, vale lembrar o conceito estipulado por Leonardo Greco, no qual convenções processuais são:

> [...] todos os atos bilaterais (ou multilaterais) praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes. O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo -, ou é sua finalidade de

> produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro (GRECO, 2008, p. 291).

A corrente contrária, em suma, não admite a existência dos negócios jurídicos, pois, os efeitos não estão sob o critério das partes, mas efetivamente decorrem da própria lei ou necessitam da intervenção judicial para que se produzam. Dentre aqueles que não consideram o negócio jurídico possível podemos citar: Candido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara e José Joaquim Calmon de Passos.

Daniel Francisco Mitidiero igualmente entende que não existem negócios jurídicos processuais “uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação” (MITIDIERO, 2016, p. 47).

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, parece neutralizar qualquer dúvida sobre a possibilidade de celebração de negócios processuais em seu dispositivo de número 190[2], no qual permite-se que as partes convencionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, bem como quanto ao próprio procedimento adotado no curso do processo. Nasce, assim, o negócio jurídico processual atípico.

O art. 190 é uma verdadeira cláusula geral do negócio jurídico. Cláusula geral porque constitui uma disposição “que utiliza no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão em seu campo semântico” (MARINS-COSTA, 1999, p. 58).

Isso importa dizer que as partes poderão modular os atos procedimentais por diversos acordos, como nos exemplifica a doutrina:

---

2 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

> Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190: acordo de **impenhorabilidade**, acordo de **instância única**, acordo de **ampliação e redução de prazos**, acordo para **superação da preclusão**, acordo para **substituição de bem penhorado**, acordo de **rateio de despesas processuais,** dispensa consensual, de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo **para não promover execução provisória**, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo **para limitar número de testemunhas**, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo **para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário** [...] (DIDIER JR., 2015, p. 377) (negritos meus)

Para o autor, as opções de negociação são tantas que até mesmo o litisconsorte necessário ativo se tornou admissível e provas até então lícitas podem se tornar ilícitas, como, por exemplo, a estipulação de não divulgação de vídeo íntimo em um pacto antenupcial[3].

A Carta de Curitiba, publicada em 30/11/2015, a qual reúne todos os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis sobre a interpretação da Lei n. 13.105/2015, tratou das possibilidades de negócios processuais da seguinte forma:

> **490.** (art. 190; art. 81, §3º; art. 297, parágrafo único; art. 329, inc. II; art. 520, inc.I; art. 848, inc. II). São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II). (Grupo: Negócios processuais)
> **491.** (art. 190). É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios processuais)

Vislumbra-se um mecanismo de autorregramento que prestigia as partes, a liberdade e a cooperação no processo. Mas, como negócio jurídico, exige o preenchimento de elementos para sua existência e validade.

---

[3] Enunciado 492. (art. 190) O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais. (Grupo: Negócios processuais)

Para a plenitude do plano da existência exige-se como elemento primordial uma vontade manifestada que se configure como exercício do poder de autorregramento da vontade (NOGUEIRA, 2016, p. 178).

Como já exposto anteriormente, o autorregramento da vontade expressa não somente liberdade de manifestação, mas, ainda, um verdadeiro poder de escolha sobre a eficácia de categorias jurídicas. Ademais, pela própria temática envolvida, para existência do negócio jurídico processual faz-se necessário a relação com um procedimento existente.

No que condiz a validade dos negócios processuais é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: capacidade das partes, objeto lícito e forma prevista ou não defesa em lei.

O requisito subjetivo aferido é a capacidade de ser parte e de estar em juízo (CPC 15, art. 70). O incapaz poderá celebrar negócio jurídico desde que representado por seus pais, tutor ou curador (CPC 15, art. 71), o condomínio por seu administrador ou síndico (CPC 15, art. 75, XI). Ressalta-se, ainda, que segundo o Enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis a Fazenda Pública pode celebrar negócio processual.

No que concerne à forma, impera o entendimento pela modalidade livre, com poucos casos excepcionais, dentre eles, para determinação do foro de eleição e para convenção de arbitragem.

Desde logo, o CPC 2015 consigna que os direitos objeto de negociação serão aqueles que comportem autocomposição, ou seja, transação, renúncia ou submissão.

Pende destacar que a possibilidade de autocomposição não é sinônimo de direito disponível, vejamos:

> Há uma diferença entre (i) processo que verse sobre direito indisponível e (ii) processo que verse sobre direitos que admitam autocomposição, pois é possível a transação mesmo em se tratando de direito indisponível, tanto é assim que são corriqueiros os casos em que as partes de uma ação de alimentos transacionam o valor da pensão, forma de pagamento, etc.; também são comuns os Termos de

> Ajustamento de Conduta (TAC) firmados pelo Ministério Público em ações civis públicas ou nos inquéritos civis preparatórios das mesmas (art. 5º, §6º, Lei nº 7.347/1985); se não bastasse, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no ano de 2014, editou a Resolução nº 118, permitindo, nos seus arts. 6º, IV e V, 7º e 15 a 17, a realização de convenções processuais, nos processos em que atue o Ministério Público (CABRAL, 2015, p. 542-557).

Sobre o referido tema, qual seja, os direitos-objeto de negociação, as divergências se fazem presentes entre os operadores do direito. Em que pese o Código expressamente afirme que os negócios só abrangem direitos sujeitos à autocomposição, os contornos do objeto do negócio se divide entre a proteção à liberdade e a preservação de garantias essenciais.

Conforme já transcrito oportunamente, Fredie Didier Jr. (2016, p. 385-386) defende a possibilidade de acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro, mas o ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) no seguinte enunciado refuta tal convenção:

> Enunciado nº 36 – **A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que:** a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; **d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente**; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei. (grifos meus)

Ainda sobre o tema, o FPPC dispõe sobre a impossibilidade de acordos que afastem os deveres inerentes à boa fé e a cooperação (Enunciado nº 6), mas contrariamente ao já disposto pelo ENFAM, aduz ser possível acordos para ampliação do prazo para sustentação oral, senão vejamos:

> Enunciado nº 41 - Por compor a estrutura do julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes. (ENFAM)

> Enunciado nº 21 (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos

> processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)

Defende-se não ser possível, ainda, o sigilo convencional, por respeito ao princípio regra da publicidade no processo, e nem sequer acordos que excluam a participação do Ministério Público (DIDIER JR., 2016, p. 393[4]).

O que parece ser uníssono é que as convenções não poderão adentrar os poderes do juiz, eis que, em primeiro plano, isso mitigaria o próprio controle judicial sobre a legitimidade das próprias convenções e, ainda, poderia afetar a livre cognição. Sobre o tema, os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015) fazem as seguintes ponderações:

> O art. 190, CPC, permite acordos processuais tendo por objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. É claro que em um processo cuja validade é submetida à cláusula do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF) os acordos processuais não podem incidir sobre os poderes do juiz, notadamente aqueles vocacionados à verificação da veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa. Daí que os acordos processuais não podem ter por objeto os poderes do juiz (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 244).

Nesse sentido, o próprio Código submete os negócios processuais ao controle judicial sobre a validade das convenções, que não devem ser aplicadas "nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade" (NOBREGA, 2015, s.p).

Salienta-se que o código não vedou a possibilidade de um negócio processual no bojo de um contrato de adesão, mas estabeleceu de forma explícita que que o mesmo só será válido e eficaz se não configurar uma situação abusiva, ou seja, de "enfraquecimento da parte que adere o contrato" (TALAMINI, 2015, p. 7).

Essa preocupação especial do legislador com os contratos de adesão se dá pelo espaço reduzido ou quase inexistente para o autorregramento da

---

[4] Palestra realizada no Instituto de Direito Público. Brasília, Distrito Federal. Data: 03/12/2015.

vontade, levando-se em consideração que as condições são estipuladas pelo proponente de forma unilateral:

> Ora, a base da negociação processual está justamente na valorização do autorregramento de vontade, existente em grau mínimo nos contratos de adesão, daí por que o art. 190 do CPC/2015, a princípio veda a inserção de convenções sobre o processo em contrato de adesão em casos de abuso, mesmo porque em tese é possível, embora pouco provável, que o contrato de adesão contenha estipulação relativa ao processo mais benéfica ao consumidor ou ao outro que se encontre na posição de aceitar o contrato.
> Preocupa-se o legislador, portanto, em limitar as condições gerais em que o proponente (fornecedor de produtos e serviços ou não, pois nem todo contrato de adesão se circunscreve às relações de consumo) estipule unilateralmente obrigações, deveres e ônus prejudiciais a outra parte (NOGUEIRA, 2016, p. 237)

Percebe-se, portanto, que o alcance real dos negócios processuais ainda é divergente na doutrina, restando concluir, que as nulidades recairão sob acordos que importem em violação de núcleos essenciais de direitos e garantias fundamentais, senão vejamos.

Das Limitações e Desafios face à Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais

Em que pese a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil seja recente – 18/03/2016 -, já é possível vislumbrar temas que exigem especial atenção da academia e, sobretudo, dos aplicadores do direito.

Isso porque: a Constituição Federal, e, em especial, os direitos fundamentais assegurados por ela, não incidem apenas nas relações entre o cidadão e do Estado - eficácia vertical-, mas ainda nas relações entre os particulares - eficácia horizontal- (SILVA, 2005, p.173-180).

E mais: a partir da *state action* "em face dos negócios jurídicos, coloca-se a indagação sobre a sua própria validade como resultado de eventual afronta ou contrariedade aos direitos fundamentais" (MENDES, 2012, p. 122-124).

Dentre as temáticas sensíveis que atrelam os negócios processuais e os direitos fundamentais destaca-se o duplo grau de jurisdição e desconstituição da coisa julgada.

Há discussão sobre a consolidação do direito ao duplo grau de jurisdição no Brasil. Isso porque: em que pese a Constituição Federal não tenha disposição expressa sobre o tema, a mesma assegura o direito ao devido processo legal e à ampla defesa, nos quais, para muitos estaria englobado o acesso à uma segunda instância.

Na doutrina cível brasileira não é o que prevalece. Predomina o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 não previu o duplo grau de jurisdição como garantia, sendo, portanto, admissível a instituição de procedimento de instância única (LASPRO, 1999, p. 190-206).

Ademais, entende-se que é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição, pois se assim não fosse, a decisão qualificar-se-ia como justa somente após o exame dos Tribunais:

> Disso decorre a clara circunstância de que o direito ao recurso não pode ser catalogado como requisito à prolação de uma decisão justa, da tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos. Se é verdade que a insurgência recursal, na forma como é conformado o Direito brasileiro, viabiliza ampla revisão pelas cortes ordinárias, possibilitando a correção de erros no julgamento de primeira instância em mero órgão de instrução, pois a verdadeira decisão, aquela que prevalecerá, será a do tribunal, órgão distanciado das partes e da colheita das provas (OLIVEIRA, 2016, p. 574).

Doutro prisma, é sabido que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, e nele assegura-se o duplo grau de jurisdição pela redação do art. 8º, 2, h: “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h – direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

A referida convenção internacional sobre direitos humanos, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, possui status supralegal (HC 90.450), pois fora recepcionado em nosso ordenamento após a Constituição Federal de 1988, mas antes da EC 45/04.

Sob o ponto de vista piramidal de Hans Kelsen aparentemente um negócio processual firmado entre as partes não poderia ir de encontro ao tratado

internacional já que seu embasamento seria legal (art. 190 do Código de Processo Civil de 2015).

Doutra parte, entende-se que no Brasil a Constituição Federal tem valor predominante, ou seja, qualquer tratado deve ser analisado sistematicamente sob o enfoque dos direitos protegidos constitucionalmente, afastando a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas (STF, RHC n.º 79.785/RJ, dj: 29.03.2000).

Sob tal enfoque, é sabido que o duplo grau de jurisdição não possui proteção integral. Inclusive, o e. Ministro Joaquim Barbosa, no AI 601.832, aduz que "é verdade que hoje existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do Pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta".

Para além da discussão constitucional/legal do instituto, percebe-se, ainda, neste caso um embate entre princípios, quais sejam: celeridade versus segurança jurídica. Afinal, é notório que uma instância única traria velocidade ao processo, todavia, talvez não a profundidade necessária para determinados temas. A decisão provinda de um tribunal pressupõe o exame de juízes mais experientes e, comumente, de forma colegiada.

Mas, além destes, o negócio jurídico que estipulasse instância única privilegiaria o princípio da oralidade e serviria de alternativa as partes que optam pelo juízo arbitral, como observa Paulo Mendes de Oliveira:

> É interessante investigar essa possibilidade de convenção processual, pois permitirá que os sujeitos da relação material submetam o seu litígio ao Poder Judiciário, sem toda a delonga proporcionada pelo trâmite recursal, limitando a análise da controvérsia àquele juiz que diretamente colheu as provas dos autos. Tal medida poderia se apresentar como alternativa àquelas situações em que as partes optam pelo juízo arbitral, com todos os ônus daí decorrentes, apenas em razão da demora da prestação jurisdicional. Enfim, seria uma medida que não afastaria os jurisdicionados do Poder Judiciário, mas proporcionaria um processo judicial com término mais célere e cuja análise final ficasse a cargo do juiz que diretamente teve contato com as partes e com a produção da prova dos autos, o que, inclusive, prestigia o princípio da oralidade, nas suas dimensões da imediatidade e da identidade física do juiz (OLIVEIRA,2016, p. 571).

Na doutrina, é possível identificar defensores do acordo de instância única e para desconstituição prévia da coisa julgada. Dentre eles Fredie Didier Jr., o qual em suas palestras afirma ser possível que as partes negociem o direito de alegar coisa julgada, o que vincularia, inclusive, juízes e tribunais em matéria de ordem pública[5].

O referido doutrinador afirma ser direito das partes levar consensualmente uma questão novamente à apreciação do Estado, pagando as custas para tanto. A questão posta é: o manto da coisa julgado poderia ser descortinado em prol da liberdade dos sujeitos processuais? Quais os riscos da relativização da coisa julgada?

Resta indiscutível que a coisa julgada goza de *status* constitucional, conforme prevê o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e possui função imunizadora, ou seja, atribuiu caráter definitivo as decisões, resolvendo o conflito e impedindo a renovação da pretensão.

O Supremo Tribunal Federal (em mais de uma oportunidade) manifestou-se no sentido de que proteção à coisa julgada não vincularia somente o legislador, mas também ao juiz:

> Ao emprestar alçada constitucional à imunidade da *res judicata* em face da própria lei, a Constituição induz necessariamente à sua proteção contra atos estatais de menor gradação hierárquica no escalonamento da ordem jurídica, qual a sentença. (STF, 1ª Turma – RE nº 117.991-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 04.09.90)
>
> A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de admitir a alegação de afronta à coisa julgada, por ato jurisdicional, como fundamento de recurso extraordinário por ofensa à Constituição. O desrespeito à autoridade da *res judicata*, cuja intangibilidade é assegurada pelo ordenamento constitucional, também pode emanar de decisão judicial. (STF, 1ª Turma – RE nº 117.060 – MG – Rel. Celso de Mello – j. 18.12.90)

No mesmo sentido, dispõe Cândido Dinamarco que a coisa julgada atinge o legislador, como também "os juízes são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as partes já não dispõem do direito de ação ou de

---

[5] Exemplo: Palestra realizada em Brasília. Instituto de Direito Público. Data: 03/12/2015.

defesa como meios de voltar a veicular em juízo matéria já decidida" (DINAMARCO, 2007, p. 241-242).

Portanto, sob tal perspectiva, se o juiz ou tribunal decidir novamente sobre a causa, sua atuação seria fatalmente inconstitucional. Ademais, haveria espaço para a perpetuidade das demandas, longe do objetivo de pacificação social.

Contudo, sob o ponto de vista do doutrinador Fredie Didier Jr. (2015[6]), nos negócios processuais, não se falará em caráter definitivo. As partes poderão renovar a demanda e o vencido se tornar vencedor, por exemplo, por meio da superação de um precedente (*overruling*).

A busca dos referidos negócios talvez fosse pela justiça das decisões, mesmo que isso importasse em insegurança jurídica. Mas a questão posta é: como seria possível garantir que uma segunda análise seria mais justa que uma primeira?

A superação da coisa julgada por convenção, em primeiro plano, tente a inviabilidade, pois não será reconhecida pelo magistrado, tratando-se de questão de ordem pública que enseja extinção do processo sem resolução do mérito (art. 502 *cc* 485, V, CPC 2015).

Em segunda análise, não garante que o justo se tornará vencedor. Diferentemente, sabe-se que tal desconstituição seguirá eternizando incertezas em prol de uma justiça "possível pelo sonho":

> [...] O homem comum sabe que o passar do tempo solidifica situações ("O que passou, passou"), apesar de sua possível injustiça, e que não pode haver tranquilidade se o passado e o futuro forem incertos.
> Diante de tal premissa, não se pode perder de vista que "o risco de errar é inerente a qualquer processo" [...] Portanto, é perfeitamente possível e, caso o pedido de "relativização" seja apreciado pelo mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão, até mesmo provável, que parte das decisões injustas sejam mantidas, ainda que conceda ao vencido uma nova oportunidade de impugnação, fora ou além das hipóteses de ação rescisória. Por outro lado, também não se

6 Palestra realizada em Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público. Data: 03/12/2015.

> pode afastar a possibilidade de que, a pedido do litigante vencido, sejam reformadas decisões justas.
> Sendo humanamente impossível saber se a primeira hipótese será mais frequente que a segunda, chega-se à conclusão, ao nosso ver inafastável, de que **a proposta de "relativização" da coisa julgada não garante, quer qualitativamente, quer quantitativamente, uma justiça mais justa**.
> Troca-se uma justiça possível pelo sonho (que pode se transformar em pesadelo) de uma justiça perfeita, que jamais poderá ser atingida, à custa da segurança jurídica (YOSHIKAWA, 2010, p. 189-190) (negrito meu).

Os dois objetos materiais carecem de um cuidado especial das partes, posto que trataram da renúncia antecipada de um direito que sequer possuem. Ou seja, antes da fase recursal, os litigantes antecipadamente abrem mão de um direito, ou seja, incorrem em risco antecipado.

Na mesma medida, abrem mão da segurança jurídica conferida pela coisa julgada para revisitar uma matéria a qualquer tempo.

A ponderação é apontada por Barroso (2011, p. 357-360) como técnica de raciocínio jurídico para este embate principiológico:

> Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. [...] É interessante observar que alguns grandes temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:
> a) **o debate acerca da relativização da coisa julgada, em que se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos de personalidade e outros**;
> b) **o debate acerca da denominada "eficácia horizontal dos direitos fundamentais", envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais**;
> c) o debate acerca do papel da imprensa, da liberdade de expressão e do direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada (BARROSO, 2011, p. 357-360) (grifos meus).

Nesse diapasão, o Fórum de Processualistas não afastou de plano o acordo de instância única, nem fez referência à coisa julgada, mas meramente o acordo para supressão de instância, vejamos:

> Enunciado nº 20 - (art. 190) **Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros**: acordo para modificação da competência absoluta, **acordo para**

supressão da primeira instância. (Grupo: Negócio Processual) (FPPC) (negritos meus)

Mesmo assim, o assunto carece de especial atenção pois constituem temas processuais elementares, que importam em riscos antecipados e atingem um núcleo sensível da Constituição Federal de 1988 cuja flexibilização poderá servir de precedente para mitigação do alcance da ampla defesa e do devido processo legal.

CONCLUSÃO

O processo somente nas suas duas últimas fases de evolução, quais sejam, no instrumentalismo e no neoprocessualismo, ganhou contornos de instrumento do direito material subjacente, deixando de ser fim para ser meio.

Com a mudança conceitual sobre o processo, modificou-se ainda a concepção de imutabilidade dos procedimentos. No âmbito mundial países como a Inglaterra, a França e a Alemanha introduziram institutos que abrem espaço para a modulação do processo, dentre eles, o negócio jurídico processual.

O Brasil registra ainda timidamente no Código de 1973 convenções processuais típicas, mas inova no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) introduzindo novos negócios típicos e oportunizando negócios atípicos.

O negócio jurídico processual é expressão de uma tendência a consensualidade e de promoção da liberdade no processo. A partir dele, seja em sua forma típica ou atípica, proporcionou-se as partes maior participação no processo.

As regras tidas cogentes transformaram-se em objeto de deliberação. A liberdade toma o lugar do publicismo e o autorregramento dá lugar à flexibilização do procedimento.

São exemplos transformadores do CPC 2015 a escolha consensual do perito, a calendarização dos atos processuais, o saneamento compartilhado e, sobretudo, a cláusula geral de negociação presente no art. 190.

Tendo em vista que o negócio jurídico processual é ato cujo suporte fático está em uma norma processual, mas que confere aos sujeitos a escolha da categoria jurídica, existem formalidades natas de todo negócio jurídico que devem ser observadas.

Para existência da convenção é necessário uma vontade manifestada que diga respeito a um procedimento existente, já para a validade são requisitos: capacidade das partes, objeto lícito e forma prevista ou não defesa em lei.

Vislumbra-se deste estudo que a colaboração tende a trazer maior legitimidade à atividade decisória do Estado por meio da participação direta dos sujeitos da relação jurídica no processo de construção da decisão judicial.

Mas há desafios e limitações que colocam a doutrina em divergência clara. Ao tratar-se, por exemplo, do duplo grau de jurisdição e da coisa julgada vê-se posicionamentos divergentes sobre a possibilidade de acordo para instância única e para antecipadamente descortinar o manto da coisa julgada em prol de uma justiça inalcançável.

O calendário tende a trazer maior celeridade ao processo por meio do mecanismo de agendamento, capaz, inclusive, de eliminar os "buracos negros" ao afastar a necessidade de intimações sequenciais para prática dos atos. Para efetividade analisou-se que além da vinculação às partes e ao juiz, todos os serventuários e auxiliares deveriam observar o cronograma previamente acordado.

Portanto, para o sucesso do instituto vê-se como inevitável uma mudança na mentalidade dos operadores do direito, destacando-se nesse estudo os desafios a serem enfrentados pelo magistrado e pela Fazenda Pública. Sem romper as ideias estadistas não será possível avançar pela simplificação e celeridade dos procedimentos.

Todavia, apartando os efeitos práticos que serão percebidos com a aplicação do Novo Código de Processo Civil, percebe-se desde logo uma nova perspectiva de vislumbrar o processo e o próprio acesso à justiça. A cooperação é palavra de ordem no novo código, portanto, a parte é chamada para efetivamente participar do procedimento como sujeito ativo e não mero expectador das decisões judicias.

A comunidade jurídica clamava por mudanças que tornassem mais efetivas as garantias constitucionais de acesso à justiça e a um processo de duração razoável. Pede-se celeridade com a devida atenção à qualidade da prestação jurisdicional (SANTOS, 2011, p. 85). Pede-se maior participação das partes, sem violação à ordem pública.

Espera-se que o Novo Código de Processo Civil, por meio de institutos como o negócio jurídico processual, alcance os anseios do direito moderno, rompendo com o sistema anterior, para que os novos institutos possam desfrutar do alcance e da amplitude que merecem.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: **Negócios Processuais.** Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. In: **Revista de Processo.** Ano 40, vol. 246, agosto, 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** SP: Saraiva, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

CIANCI, M. e MEGNA, B. L. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Direito Processual Civil Inglês. In: **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

_________Natureza e objeto das convenções processuais. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo**: Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

________Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

_______**Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOTTI, R. e ANDREASSA JUNIOR, G. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/normas-fundamentais-negocios-processuais-cpc Acesso em: junho 2016.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/grupodeestudos/trabalhosjuridicos/o-novo-codigo-de-processo-civil-os-negocios-processuais.pdf Acesso em: junho 2016.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, 2015.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. e MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado.** SP: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOBREGA, Guilherme Pupe da. Os negócios processuais no CPC/15. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI229056,41046-Os+negocios+processuais+no+CPC15. Acesso em: nov. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016.

______ Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2006, n. 137.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS. Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: **Revista Direito GV**. São Paulo: 2005.

TALIMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais (apostila, 2015).

WAMBIER, L. R. e BASILIO, A. T. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC Acesso em: junho 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodvm, 2016.

O CRIME DE RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E A FRAUDE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A (IM)POSSIBILIDADE DO IMPEACHMENT PARLAMENTARIZADO

THE CRIME OF THE RESPONSIBILITY OF THE PRESIDENT AND THE FRAUD TO THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: A (IM) POSSIBILITY PARLIAMENTARISED IMPEACHMENT

Kayo César Araújo da Silva[7]

RESUMO
O estudo analisa o instituto do *impeachment* como único meio provedor da autoproteção constitucional aos atos atentatórios, que são praticados pelo Chefe do Executivo. Tomando como base literatura especializada, guiada, quando necessário, por decisões jurisdicionais, busca-se analisar à luz da Constituição Federal de 1988, o conceito de Crime de Responsabilidade,

[7] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Advogado do Escritório de Advocacia Mauro César Santos - Advogados Associados, Associado à ABDConst. - Academia de Brasileira de Direito Constitucional. Tem experiência nas áreas do Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Eleitoral e Direito Administrativo. E-mail: kayocesaradv@gmail.com.

dispositivo que autoriza o desencadeamento do processo, que constitui-se como sendo ato doloso e comissivo. Afirma-se, também, a exigência da análise do instituto sob a ótica da natureza político-jurídica, justamente porque ela é a que mais dá a capacidade de efetivação do texto constitucional. A conclusão que se extrai é que as opções do Crime de Responsabilidade são taxativas, gerando, ao andamento do processo de impedimento, a reverencia à norma fundamental. A procedência do pedido, feito fora dessas hipóteses, tomando como base um formalismo fajuto, gera burla ao ordenamento jurídico, o que configuraria hipótese de violação à Constituição Federal de 1988, a razão democrática e ao devido processo legal. Ao direito, cabe a responsabilidade em dar os contornos à faceta jurídica, não estando recluso à vontade majoritária, expressada na maioria absoluta do Poder Legislativo, o único pressuposto autorizador do andamento do impedimento, o que não legitimaria as bases democráticas e do Estado Democrático de Direito.
Palavras-chave: Poder Executivo; Impeachment; Devido Processo Legal; Crime de Responsabilidade.

ABSTRACT
The study analyzes the impeachment of the Institute as the only means provider of constitutional self-protection to acts which violate that are practiced by the Chief Executive. Based on the literature, guided, when necessary, by judicial decisions, seeks to analyze from the 1988 Federal Constitution, the concept of Responsible Crime, a strategy that authorizes the initiation of the process, which is constituted by an intentional and commissive act. It is also stated the requirement of the institute's analysis from a political-legal perspective , precisely because it is the one that gives the ability to implement the constitutional text. The conclusion to draw is that the Responsibility Crime options are determing, generating the progress of the prevention process, includes the fundamental norm. The merits of the application, made out of these assumptions, taking an phony formalism generates swindling the law, which constituted the event of violation of the Federal Constitution of 1988, the democratic right and due process of law. To the law, is giving the responsibility of the outlines the legal aspect, not being reclusive to the majority will, expressed in the absolute majority of the legislature, the only authorizer assumption of the progress of interference, which does not legitimize Democratic and Democratic Rule of Law
Keywords: Executive; Impeachment; Due Process of law; Crime Responsibility

INTRODUÇÃO

O estudo busca responder dúvida presente acerca da aceitação e andamento do processo de *impeachment*. Necessariamente, busca desvelar qual a natureza do procedimento questionado e, cumulativamente, indicar quais balizas deverá o Poder Legislativo caminhar quando opta por imprimir o curso ao instituto de impedimento, em respeito ao que determina o texto constitucional.

Pela segunda vez na história da Democracia brasileira, é público e notório que o Presidente da República sofreu pena máxima sobre o seu mandato. Há uma sobrelevação do tema no cenário acadêmico, justamente pelo ganho de importância latitudinal da matéria no país.

Assim, diante da lacuna deixada por outros estudos, o escrito busca contribuir, trazendo racionalidade ao debate em respeito ao que dispõe carta democrática de 1988, subdividindo-o em três partes básicas.

Na primeira, narra-se a fixação da incerteza legislativa quanto ao assentamento do sistema de governo que iria ser incluso no Texto Constitucional, ainda na fase de debates promovidos pela Assembleia Nacional Constituinte, dividindo-se entre o sistema parlamentarista e o presidencialista, cisão esta que, ao nosso ver, permanece até os dias atuais[8].

Apresenta-se o texto do ADCT, que deixava resposta à consulta popular no ano de 1993, o que a Constituinte de 1987 não conseguiu responder, a vontade de repactuação da rigidez da separação dos poderes, que passava pelo fortalecimento do Poder Legislativo e o enfraquecimento do Poder Executivo, no qual indicaria um mandato presidencial fixo apenas revogável, quando houvesse justo motivo, chamado pela Constituição Federal de 1988, de Crime de Responsabilidade, legitimando o início do *impeachment.*

Inexistindo o afamado Crime de Responsabilidade, faltaria a legitimidade constitucional ao processamento da medida. Mesmo que haja vontade majoritária de proceder com o *impeachment*, com o fito de revogar mandatos constituídos por meio do voto popular, por outros motivos não enumerados no *caput* do art. 85 da Constituição Brasileira, o ambiente democrático não deve admitir esta hipótese, por faltar-lhe o único permissivo constitucional.

A segunda parte do trabalho dedica-se a analisar arqueologia constitucional, responsável pelos elementos essências à responsabilização presidencial pelo cometimento do Crime de Responsabilidade, que são aos atos que atentem contra à Constituição, confrontando as teorias marcadoras da natureza processual do *impeachment*.

Para isso, divide-se em dois grupos, sendo o primeiro, a teoria que vê o *impeachment* como de natureza política, e a segunda, na qual se filia entendimento adotado neste trabalho, que diz respeito ser o instituto, de natureza político-jurídica. Diante da possibilidade de incompatibilidade do andamento do *impeachment* com a legitimidade constitucional.

Esmiúça-se, na última parte do segundo trecho, a dificuldade conceitual do Crime de Responsabilidade, muito porque, ao longo de todas as constituições, o seu retrato, quase sempre, era estampado como algo a ser preenchido, podendo, ao final, se valer do tudo ou do nada.

---

[8] Recentemente, tomou-se conhecimento da criação da Frente Parlamentar Mista em Defesa do Presidencialismo Participativo, que é composta por 213 participantes (202 deputados e 11 senadores), que busca instituir o Parlamentarismo, passando por uma fase intermediária, que duraria 6 anos, de um tipo de Presidencialismo exercido pela metade de suas competencias.

Esta parte, objetivamente constrói o entendimento de que o Crime de Responsabilidade nasce da vontade humana, atentando contra a Constituição. Todavia, deve, para ser configurado, ato doloso e comissivo, admitindo a tentativa, na prática das hipóteses do art. 85 da Constituição Federal de 1988.

A terceira parte traz nova discussão acerca da questão relativamente nova ao debate jurídico no Brasil, que diz respeito ao mau uso do instituto com o intenção de fraudar o que a Constituição insiste em dizer. Em outras palavras, trata-se de violação ao devido processo legal. Para isso, caminha-se junto com a doutrina de Pontes de Miranda, sustentando a possibilidade de burla ao ordenamento jurídico, quando o determinado agente busca usar de uma categoria lícita (que é permitida por outra norma) para obter fim proibido pela norma que ele objetiva fraudar.

Busca-se, assim, indicar que a utilização indevida do *impeachment*, aplicando as hipóteses de impedimento fora das opções constitucionalmente previstas, acarretaria violação indireta à Constituição, mesmo que seu cumprimento tenha seguido o devido processo legal formal.

Ao final, o estudo conclui que a correta aplicação do *impeachment* se funda no claro e efetivo respeito à Constituição Federal de 1988, tanto em sua dimensão formal, quanto na sua substancia. A lei de regência (Lei nº. 1.079/50) colhe, no poço constitucional, o liquido que legitima a sua aplicação. Sem ele, não há efetivação da carta, gerando grave lesão.

O direito é autônomo e, sobre ele, deve-se constituir as regras jurídicas. O *impeachment* tem lances formais, mas também, exige o respeito ao substrato. O respeito a essas duas situações, gera, ao final, o enaltecimento do devido processo legal.

Sem eles, as bases que buscam responsabilizar a atuação presidencial deixarão de lograr a eficácia necessária, o que é um fato preocupante e gerador de grave lesão à ordem constitucional.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O ano de 1993 deixou, ao preenchimento popular (propositadamente deixada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987), o dever de colorir os últimos traços do regime democrático, inaugurado pela Carta Constitucional de 1988.

Separadas em dois temas, o ADCT lançava, em seu art. 2º, um dos poucos questionamentos ao instrumento de consulta popular, que definiria a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) a ser plantada no berço constitucional. O resultado deste plebiscito

dava a seguinte reposta: 66,26% dos votos ao lado da República, e 55,67% se posicionava junto ao Presidencialismo[9]. Estava confirmado, no dia 21 de abril do ano plebiscitário, as últimas alíneas necessárias ao promissor regime democrático que, até então, renascia após ter sido ultrajada pelos longos, dolorosos e arbitrários 21 anos de regime ditatorial.

O cientista político Rogério Bastos Arantes (1997) traz importante delineado capaz de explicar a origem da motivação dos ventos que contrariam a rigidez do Presidencialismo, a cada aparição de crise institucional. Segundo o autor, desde o início das discussões nas comissões da Constituinte, já se via incerteza sobre qual arranjo a Constituição deveria estar assentada[10].

Apesar da desconfiança, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 possuía única certeza: consignar maior autonomia ao Poder Legislativo (que, no período ditatorial, seguia esgaçada pela concentração de poder na figura do Poder Executivo)[11].

Agora, havia necessidade de se montar a separação dos poderes nos pilares essenciais de autonomia e independência entre eles. O autor conclui que a rigidez da separação entre eles, possibilitada pelo fortalecimento do Poder Legislativo e do consecutivo enfraquecimento do Poder Executivo, somadas à excessiva fragmentação partidária dava à organização entre os poderes da União, sua justa medida (ARANTES, 1997, p. 121-122).

Inexistindo ato com exata conformação nas hipóteses narradas pelo texto constitucional, deixará de possuir guarida constitucional e, posteriormente, a

---

[9] Dados disponíveis em: < http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993>, acesso em 09/06/2016, às 22:47.

[10] O autor, de maneira dogmática, continua explicando que "a opção pelo parlamentarismo, dominante durante a elaboração do texto até o projeto final da comissão de sistematização, foi revertida na fase final com a manutenção do presidencialismo, através da chamada Emenda Lucena" (1997, p. 118-119). O Correio Braziliense daquele 28 de março de 1988 descreve com exatidão como foi a aparição do Senador Humberto Lucena (PMDB/PB), quando buscava convencer os constituintes de que o Presidencialismo, ainda, era a melhor forma de governo para o país. "(...) Com um jeito sereno e a tranquilidade própria de quem contava certo com a vitória, o senador assumiu a tribuna exatamente às 16h05, para dizer que se enganam aqueles que criticam o presidencialismo alegando ser esse sistema o responsável pelas crises constitucionais do período republicano. 'Mas foi o presidencialismo — garantiu — que assegurou os grandes avanços sociais de que somos testemunhas'. O senador paraibano e autor da emenda presidencialista esclareceu ainda que sua propositura visava um presidencialismo moderno, mantendo o presidente da República como chefe do Estado e chefe do Governo. 'Um presidencialismo que irá fortalecer o Legislativo com duas medidas: a primeira diz respeito à convocação de ministros de Estado ao Congresso, que poderá receber censura e até perda da função. A segunda é a moção de censura individual que esse ministro poderá receber. Informa, ainda, que as condições de aprovação da emenda, sob pressão do Executivo, em manobra última, possibilitou que houvesse a convocação sobre qual sistema de governo o povo optaria'".

[11] Arantes (1997, p. 118) afirma que a busca da constituinte, naturalmente, passava por demover do raio de ação normativa do Presidente, todo o "entulho autoritário" deixado pelo regime ditatorial.

legitimidade necessária ao processamento do impedimento, deixando claro *o* cabimento desta medida, caso o Chefe do Poder Executivo viesse a ser flagrado atentando contra à Constituição.

Uma vez admitida, será dado início um procedimento traumático ao exercício da política, mas necessário, em tese, à esterilização do mau que vem afrontar à Carta Constitucional.

2 O IMPEACHMENT E A PROBLEMÁTICA DA (IN)DETERMINABILIDADE DO DIREITO ENTRE O ATO POLITICO E O CONCEITO JURIDICO INDETERMINADO

2.1 A Arqueologia Constitucional

O *impeachment*[12] é um instrumento de controle parlamentar do regime Presidencialista, que será regido pelo Poder Legislativo, averiguando se há (ou não) compatibilidade de determinada conduta pública com às alíneas constitucionais.

Se a resposta do questionamento estiver na inadequação da postura do Chefe do Executivo com os traços constitucionais, sofrerá, o agente público, as penas que o ordenamento jurídico lhe indicar. O modelo constitucionalmente adotado não dá espaço para que o Agente Político atue desdizendo o que a Constituição afirma em dizer[13].

Em raciocínio bastante apurado, Paulo Brossard (1992, p. 126 - 128) sentencia dizendo que a atual carta não pode ser vista como um “museu de raridades históricas”, muito menos, como “um feixe de normas com rigidez cadavérica, mas um tecido de relações dinâmicas, portador de um princípio de vida.”

---

[12] BARROS (2013, *online*), em seu *Noções sobre o Impeachment*, estipula ser um “processo destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurando, processado e julgado por órgão legislativo, contra um agente político, para impedi-lo de continuar no exercício da função pública, mediante a sua remoção do cargo atual e inabilitação para qualquer outro cargo ou função por um certo tempo. Processo jurídico-político previsto na Constituição Federal/88, pelos chamados crimes políticos ou de responsabilidade, passíveis de aplicação de penas políticas, as quais são: a perda do cargo ou função e a inabilitação durante um tempo, oito anos, para exercer outro cargo público ou função.” (Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre--i-impeachment--i-.cont>. Acesso em 9 jun. 2016).

[13] BANDEIRA DE MELLO (2013, p. 248) nos explica que a expressão – agentes públicos - é gênero do qual os agentes políticos, agentes onoríficos, servidores estatais e os particulares em atuação colaboradora com o poder público são espécies e, por isso, seguem a regra do que dispõe o título II da seção que trata da Administração Pública. Sobre os agentes políticos, nos deteremos um pouco mais, pela obviedade natural em ser eles, o objeto da referida análise. BANDEIRA DE MELLO (2013, p. 251) adota a definição para os referidos agentes, como sendo “titulares de cargos estruturais à organização política do país”, ou seja “ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Nesse sentido, estariam, dentro dessa ideia, todos os agentes que “exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos” (DI PIETRO, 2012, p. 583), sendo eles, os Chefes do Executivo em todas as esferas, os Ministros e Secretários de Estado, além dos Senadores, Deputados Federais e Estaduais.

Além de orientar a aplicação das leis ordinárias, a Constituição deve proteger, também, o "futuro ao compendiar os ideais da nação que, no curso do tempo e ao longo das gerações, vão traduzir-se em novas normas e concretizar-se em atos de governo, que uns e outros devem a ela ajustar-se" (BROSSARD, 1992, p. 126).

Diante desta agressão à referida Constituição, Brossard (1992, p. 127) conclui que "os atos do Presidente são – ou devem ser – como que irradiações da Constituição; a ela devem guardar fidelidade e adequação". Rompida essa compatibilidade, caberá ao processo de *Impeachment*, "proteger o país de danos ou ameaças por parte de governante que abusa do seu poder ou que subverte à Constituição Federal de 1988" (BERCOVICI, 2015, p. 3), único e exclusivo meio expurgador da autoridade infiel.

O pano constitucional indica dois dispositivos responsáveis em dizer as nuances jurídicas do Crimes de Responsabilidade do Presidente da República:

> Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
> I - a existência da União;
> II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
> III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
> IV - a segurança interna do País;
> V - a probidade na administração;
> VI - a lei orçamentária;
> VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.
> Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.
> Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.
> § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:
> I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;
> II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.
> § 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.
> § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.
> § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

A Lei 1.079 de 1950 cumpre com o mandamento previsto no parágrafo único do art. 85, definindo e regulando o respectivo processo[14]. São estas as cartas de navegação que devem ser adotadas pelo parlamento, quando processa determinado agente político.

Além do respeito às garantias processuais, denominado pela doutrina como o devido processo legal formal, estabelecidos pela Constituição Federal, como também pela Lei 1.079/50, há necessidade ser observado, também, o devido processo legal substancial, que diz respeito à efetivação do conteúdo autorizador do impedimento. Nesse sentido, deve-se caminhar acerca da definição da a) natureza do processo e b) a possível (in)determinabilidade conceitual do crime de responsabilidade.

Não bastaria, para honrar a disciplina do *impeachment*, o efetivo cumprimento do caminho legal. Além disso, é obrigatório que se respeite a substância do procedimento, elementos necessários e fundamentais ao esqueleto dogmático da matéria.

2.2 Natureza do *Impeachment*

Certamente, de igual importância na caracterização do *impeachment* é a natureza que deste processo. A doutrina brasileira, historicamente, costuma dividir em duas correntes básicas: A primeira que afirma ser de natureza política, já a segunda afirma ser de natureza político-jurídica[15].

Brossard (1992, p. 76), segundo seu entendimento, afirma possuir feição política, para quem, o *impeachment* só se originaria "de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado

---

[14] O STF, nos autos da ADPF 378, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, decidiu aplicar subsidiariamente, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado, para o processamento e julgamento do impeachment, por entender não violar a reserva de lei especial imposta pelo art. 85, parágrafo único da Constituição Federal de 1988. Não só isso, entendeu que esta aplicação somente se daria caso fossem compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes, limitando-se à questões de *interna corporis*.

[15] Pontes de Miranda (1967, p. 347) afirma que o impeachment é "(...) medida que tem por fito obstar, impedir, que a pessoa investida de funções públicas continue a exerce-las". Nas palavras do autor, "sendo figura do direito penal comum (...) tudo faz crer que sempre o seja". Diante dessa constatação, é primeiro quando defende a natureza do procedimento como sendo criminal, o referido processo. O pensamento pontiano, na visão deste autor, é paradigmática, todavia esbarra na limitação temporal, restrita ao fato de que a sua análise teve, como parâmetro, a Constituição de 1967. Por ter falecido em 1979, as circunstancias óbvias lhe impediram de tecer suas valiosas análises, acerca do atual instituto do *Impeachment* que é orientado pela Constituição Federal de 1988. Paulo Brossard (1992, p. 76 - 81), negando a tese criminal estabelecida por Pontes de Miranda, colacionou, em sua obra, raciocínio paradigmático. Para ele, "o impeachment é uma instituição de direito constitucional e não de direito penal".

segundo critérios políticos.", o que não desautorizaria o uso dos critérios jurídicos conferidos pelo ordenamento jurídico.

Citando Epitácio Pessoa, um dos que elaboram lei de regência, Brossard (1992, p. 83) deixa claro seu posicionamento, quanto a natureza política do *impeachment,* aduzindo que:

> O ‘impeachment’ não é um processo criminal; é um processo de natureza política, que visa não a punição de crimes, mas simplesmente afastar do exercício do cargo, o governador que mal gere a coisa pública, e assim a destituição do governador não é também uma pena criminal, mas uma providencia de ordem administrava.

Em contraposição à natureza política do *impeachment*, a corrente que entende haver característica dúplice do instituto. A ela, chama-se de natureza político-jurídica. Para estes, o instituto é possuidor de vertente política porque é, única e exclusivamente, processado sob a tutela do Poder Legislativo, o qual avalia se determinada conduta do gestor infringiu o que a Constituição Federal de 1988 impõe fazer.

Não só isso, possui também caráter jurídico em sua natureza, uma vez que o processamento de determinado agente político deverá ser feito sob a insígnia do respeito à norma constitucional, que é superior e vinculante. (CANOTILHO, 2014).

Neste caso, a mancha do impedimento só poderá vir à recair sob a história do Chefe do Executivo caso haja estrita compatibilidade do ato com os parâmetros constitucionais: a existência de crime de responsabilidade. Almeida (1992, p.425) corrobora o entendimento que aqui aventamos, com argumento simples, porém incisivo:

> Se fosse unicamente político, não existiria uma Lei (1.079/50) disciplinando o procedimento, mas sim, um ato resolutivo das Câmaras Julgadoras, ordenando a tramitação do *Impeachment*, e ademais, na fase de julgamento, pelo Senado, tem a dirigi-lo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, e finalmente, além da destituição do cargo, o acusado fica suspenso do exercício de qualquer função pública por determinado prazo.

É retumbante questionar o efeito causado quando se abraça uma dessas duas naturezas, no momento em que se faz andar o referido processo de *impeachment*[16]. O

[16] O procedimento que averigua a existência do cometimento de Crimes de Responsabilidade por parte do Presidente da República se subdivide em duas 2 fases, que são bem distintas. A Câmara dos Deputados está apta ao recebimento de representação por parte de qualquer cidadão. Pelo que se extrai do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, cabe ao Presidente da Câmara “conhecer” ou não da reclamação. Deve, ao receber a denúncia, considerar se há indícios de materialidade e autoria, analisando, preliminarmente, a existência da conduta e da plausibilidade das alegações. Conhecida a representação, a Câmara irá julgar a determinada procedência da denúncia. Aceitando a denúncia, a mesma irá seguir para o Senado Federal caso obtenha votação favorável de 2/3 dos membros da Casa. Por meio de

resultado deste procedimento gerará, ao Poder Legislativo, a obrigação de posicionar-se quanto à ocorrência (ou não) do Crime de Responsabilidade e as variedades quanto à figura legitimadora de todo o procedimento.

Pelo debate estar centrado no Poder Legislativo, as decisões geradas como mero exercício de ato político, bastaria, para a sua impressão, o recebimento da proteção cega dos pressupostos de conveniência e oportunidade.

Enfrentando a argumentação supracitada, erige-se que toda decisão venha respeitar as balizas jurídicas e constitucionais, sob pena de ser questionada a sua legitimidade na atual quadra do direito.

Miranda (1986, p. 301) leciona que o ato político é aquele de "de conteúdo não normativo da função política". Schäfer (2006, p. 6) entende ser a atividade não normativa, todo ato não possuidor do respaldo no "exercício concreto de atividade constitucional" e, muito menos, ser detentor "das características de generalidade e abstração".

Confirmando as linhas trazidas pelo autor, Schäfer (2006, p. 7) caracterizaria o ato político como aquele que possui grande margem de conformação fática no qual permitiria "escolher com grande liberdade os meios e formas a serem utilizadas na persecução do interesse público, tendo-se em vista as opções políticas essenciais ao ato de governar".

Nunes (1948, p. 205-677) indica, em lições avançadas, o caminho adequado ao exercício responsável do ato político

> As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertence a descrição do congresso ou do governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, apreciação da circunstâncias que possam autoriza-las, escolha dos meios, etc. Discricionário são, com idêntica conceituação, as medidas de polícia, no seu mais amplo sentido, adotado na esfera administrativa, mas dizendo isso, não se diz, nem se pode dizer que a discrição administrativa ou administrativa pode

julgamento da Arguição de Descumprimento à Preceito Fundamental 378, a Suprema Corte entendeu por maioria de votos, que o Senado Federal poderia deixar de instaurar o processo de impeachment, mesmo existindo a ulterior autorização por parte da Câmara dos Deputados. Desta forma, o Presidente da República só viria a ser afastado por 180 dias, após decisão que obtivesse maioria simples no Senado Federal. Assim, caberia à esta Casa Legislativa, o efetivo processamento e julgamento da conduta do Chefe do Executivo. É o texto que se extrai do art. 52, I e II do texto constitucional. Após ter passado prazo de afastamento provisório, o Presidente retoma suas funções, sem prejuízo algum do processo. Após a decisão por parte do Senado, entendendo ser aquela conduta denunciada, hipótese de crime de responsabilidade, será promulgada resolução que disporá sobre o que se decidiu no processo de impeachment.

> exercitasse fora dos limites com sinais ou legais ultrapassar as raias que condiciona o exercício do poder. Basta sentar esse princípio para se ver desde logo que a descrição só existe dentro dos limites objetivos legais de que ultrapassados e começa a esfera jurisdicional.

Tem-se entendimento quem, nem toda decisão gerada pelo Poder Legislativo possui a chancela da intangibilidade conferida pelo juízo de conveniência e oportunidade. Deve-se, sob essa segunda tese, respeitar os conceitos jurídicos estabelecidos pela ordenança jurídica.

Enquanto a primeira se pauta, apenas, na decisão pela decisão, a segunda extrai seu fundamento nos pressupostos que legitimariam o que se busca propor. Aplicando ao tema do *impeachment*, o juízo de admissibilidade e o processamento e julgamento do Chefe do Executivo não deve ser visto como mero ato político[17].

Tavares (2015, p. 9) afirma não ser possível tornar banal a aplicação do instituto gerador do impedimento. Em suas palavras:

> O descontentamento político com a postura de algum Presidente da República, desilusão com determinadas políticas econômicas (ou com políticas públicas) e, igualmente, o esmorecimento de laços de confiabilidade no projeto governamental (...) não ensejam *impeachment.*

O Congresso Nacional não pode se valer destas hipóteses para promover o acontecimento do *Impeachment*. A incursão nesses motivos, geraria, inconsequentemente, “desvio grave à Democracia e à Constituição” (TAVARES, 2015, p. 9).

Faver (2016, p. 3) finaliza o entendimento de que a lógica do impedimento não pode ser vista como um “veículo de incrustação ou exacerbação de crise ou vendetas políticas, mas sim como um remédio institucional” ao mal uso dos deveres constitucionais[18].

Desta forma, a admissão do referido processo como sendo aquela de natureza meramente política poderia gerar, nas mãos de imaturos parlamentares, a malversação do referido instrumento processual, fator este que autorizaria, dentro da legitimidade da

---

[17] O uso desta forma oportunizaria, o impeachment, ser visto como simples “moeda política para barganhas parlamentares” (TAVARES, 2015, p.1), fator que, por si só, geraria imensa gravidade às balizas democráticas.

[18] Tavares (2015, p. 12 – 13) conclui ser, o *Impeachment,* válvula de escape ao exercício presidencial atentatório à Constituição. Trata-se, aqui, de mecanismo que se restringe, não apenas ao Presidencialismo, mas também de autoproteção por parte do texto constitucional. Constitui, nesses termos, o mesmo formato que se adota nas cláusulas de eternidade (art. 60, § 4º da CB), as hipóteses do art. 85, da CB. Ao final, tratam-se de “mecanismo de constitucional de preservação da própria Constituição”.

atuação legislativa, verdadeiras escusas, produzindo claras revogações a mandatos legitimamente conferidos pelo povo.

Em outras palavras, haveria a possibilidade real, deste tipo de processo de *impeachment*, vier a se posicionar "como uma verdadeira 'ação rescisória' da vontade popular manifestada nas urnas" (PRADO; TAVARES, 2015, p. 22).

2.3 O Crime de Responsabilidade e sua Dificuldade Conceitual

A Constituição Federa de 1988, conforme se viu em tópico apartado, esposa o crime de responsabilidade como figura única e imprescindível à legitimidade do processamento do impedimento. O entendimento que se tem sobre o Crime de Responsabilidade, já assentado pela Suprema Corte, é de que eles constituem-se como infrações político-administrativas cometidas no desempenho da função presidencial atentatórias à Constituição. Eis a locução trazida pelo art. 85 da carta cidadã.

Cretella Júnior (1992 p. 38) afirma não haver definição certa quanto ao Crime de Responsabilidade, mas, sim, "uma enumeração taxativa do que deve ser", que será esmiuçada na lei de regência.

Bercovici (2016, p. 4) explica que estes crimes desvelam atitudes incompatíveis com os "atos funcionais do Presidente da República em virtude de suas competências e prerrogativas constitucionais de chefe de estado e chefe de governo".

Gabriel Luiz Ferreira, ainda em 1904, especificava que a pauta dos Crimes de Responsabilidade, teve sua fixação fundada numa infelicidade por parte do constituinte brasileiro. Clamou-se pela hipótese do *impeachment* como elemento combativo ao mau exercício presidencial que afrontasse à Constituição.

Para ele, o Constituinte brasileiro foi infeliz quando designou a fórmula genérica autorizadora do *impeachment* que, ao final, passou por "abranger toda espécie de malversação, que variam infinitamente de natureza e podem ser praticadas de tantas maneiras que qualquer especificação para o fim de serem punidas pecará por deficiente" (FERREIRA, 1904, p. 52).

Obviamente que a constatação feita por Gabriel Luiz Ferreira, à época, era oportuna, mas não deve receber concordância com a ordem que foi imprimida pela atual Carta Constitucional. Quanto a essa delimitação, não há o

que se questionar. O embaraço maior fica recluso aos limites conceituais da infração que, aqui, se refere.

A andança doutrinária mostrou que há poucos escritos que dizem respeito às balizas conceituais, do que seja o famigerado Crime de Responsabilidade. Na atual conjuntura nacional, à *práxis* política, dá mostras de que a caracterização da infração só vem ocorrer, de fato, no esmiuçar do caso concreto[19].

Brossard (1992, p. 51) observa a existência da lei que teve, como objetivo claro, buscar evitar qualquer tipo de abuso por parte do Congresso Nacional. Em suas palavras, o constituinte errou, quando elegeu a figura do Crime de Responsabilidade, como meio à evitar o desvio da análise por parte do Congresso Nacional.

Ao seu ver, o Poder Legislativo pode vir a cometer inúmeros abusos durante o rito processual, dos quais, há imperiosa necessidade destaque a contrafação dos fatos e a condenação sem as provas necessárias. Desta forma, "há fatos que podem ser danosos ao extremo, sem serem positivamente ilegais. E fatos que, admitindo a qualificação de crime, não perdem o seu caráter político."

Nesta linha de pensamento, torna-se oportuno enfeixar o real significado do que é o famigerado Crime de Responsabilidade, que são enumerados nos incisos do art. 85[20].

Bandeira de Mello e Comparato (2015, p. 7) aduzem ser inarredável "presunção de que somente condutas comissivas dolosas perfariam um comportamento tão agressivo aos valores da República ao ponto de requererem a expulsão do primeiro mandatário". Desconsiderando, por óbvio, a autorização da abertura e processamento *impeachment* com base na imputação de comportamento omissivo.

Tavares (2015, p. 22), confirma esta necessidade, tomando como base, no que dispõe a nossa Carta Constitucional, a exigência da conduta do Chefe do Executivo, de possuir o elemento doloso. Nas suas alíneas, torna-se "imprescindível um ato positivo,

---

[19] Silva (2014, p. 36 – 37) sustenta a tese de que, em alguns casos, a definição não poderá vir a ser fixada ao certo. O motivo da afirmação se fixa na dificuldade de determinar o conteúdo e a extensão do ato que se está analisar, por não possuir, sim, um sentido preciso e diverso. Pelo seu escrito, não haveria dificuldades em classificar o Crime de Responsabilidade como um conceito jurídico indeterminado, muito pela dificuldade que se tem em determinar conceitualmente a referida locução. Nessa toada, só se conceberia o sentido fixado após a análise das circunstâncias fáticas de cada situação concreta, momento em que iria se averiguar a ocorrência (ou não) do respeito ao núcleo conceitual do *impeachment*, elencado no art. 85 da Constituição Brasileira.

[20] Prado e Tavares (2015, p. 53) informam que estes incisos "estão subordinados ao que consta do caput desse artigo, ou seja, a violação da Constituição", concluindo que "devem ser interpretados restritivamente e não aos moldes dos dispositivos das leis infraconstitucionais".

no sentido de que o resultado seja desejado e por ele tenha atuado efetivamente o Presidente”.

Sendo assim, para a proceder com o referido instituto, deverá ficar clara a presença do elemento volitivo atentatório à Constituição. Há de ficar claro o dolo do agente em cometer a respectiva infração[21].

Dallari (2015, p. 3) questiona a tese que autorizaria a modalidade culposa como possibilidade de se auferir a presença de atos atentatórios à Constituição Federal. No raciocínio, recomenda que haja “leitura atenta e desapaixonada do artigo da Constituição”. Por constar palavra expressa e clara do que seriam os crimes de responsabilidades, os atos do Presidente, a levaria, naturalmente, a confirmação da indispensabilidade da intenção à “pratica de um ato que configura um crime”.

A conclusão que o autor extrai está, umbilicalmente centrada na não caracterização de crime, caso não seja possível “desvelar a intenção expressamente manifestada” (DALLARI, 2015, p. 3).

Prado e Santos (2016, p. 74), dão os últimos tracejados necessários ao enfeixe do elemento volitivo que está consubstanciado no ato do Chefe do Executivo. Neste pé, Informam que, “em geral, não podem ser titularizados individualmente, e se consumam mesmo na forma tentada, dado seu caráter lesivo”.

Por um caminho dessemelhante, há de se chegar nos mesmo resultados. É que o informa o excelente municipalista José Nilo de Castro (2010, p. 532). O autor sustenta a acertada tese de respeito ao princípio da simetria com o centro:

> Para os agentes políticos da República e dos Estados – no paralelismo crimes de responsabilidade, com julgamentos pelos Legislativos Federal e Estadual, do Presidente da República e dos Governadores, existe legislação especial. [...] é dizer: o parágrafo único do art. 85 da CF remete à lei federal a definição dos crimes de responsabilidade do Presidente da República. De igual maneira, faz-se em nível dos Estados na definição dos crimes de responsabilidade dos Governadores. [...]

---

[21] Prado e Tavares (2015, p. 43) afirmam que, “no caso brasileiro, em face de serem infrações de alta relevância, que implicam até o impedimento do Presidente da República, os crimes de responsabilidade estão sujeitos, inquestionavelmente, aos mesmos delimitadores relativos às infrações penais. Daí, inclusive, serem chamados de crimes de responsabilidade e não de infrações disciplinares ou administrativas.” A conclusão que se extrai das palavras dos Autores é a de que “os crimes de responsabilidade estão sujeitos, ainda, aos critérios de imputação objetiva e subjetiva, ou seja, ao controle do aumento do risco para o bem jurídico e da determinação da intensidade subjetiva da conduta do agente, conforme se extraem das normas proibitivas e mandamentais”, confirmando, assim, o dever de se “subsistir, aqui, os elementos que configuram o injusto penal (tipicidade e antijuridicidade) e a culpabilidade”.

Castro (2010, p. 533) chega ao ponto central quando indica que “o presidente da república, os governadores e os prefeitos municipais igualam-se naquilo que se mostram merecedores e destinatários do *status* de Chefe do Poder Executivo”. Assim, há de se concluir que o crime de responsabilidade é o mesmo, tanto para o Prefeito, quanto para o Governador do Estado, como também para o Presidente da República.

Nessa toada, Meirelles (1993, p. 571), que tem como uma de suas marcas, a autoria integral do projeto do Dec.-lei 201 de 1967, que trata sobre os crimes de responsabilidade cometidos pelo Prefeito Municipal[22], em apertada síntese, conclui que “todos os crimes definidos nessa lei são *dolosos*, pelo que só se tornam puníveis quando o prefeito busca intencionalmente o resultado ou assume o risco de produzi-los”.

O ato que aqui se insiste indicar, além de claro no intuito de atentar contra à CF/88, deve ser aquele que provem da manifestação da vontade humana (doloso ou comissivo), admitindo à forma tentada, em razão da gravidade do ato em si.

Tavares (2015, p. 22), concluindo esta exigência constitucional, deixa o jurista de sobreaviso, afirmando que a pretensão do trabalho das hipóteses constitucionais que ensejaria o *impeachment* “‘no varejo ou em modalidades omissivas genéricas ou meramente culposas”, geraria, em última instancia, a transformação da “realidade normativa do *impeachment* para modificar o sentido da responsabilidade presidencial”.

O agir dessa forma, em desrespeito ao substrato constitucional daria clara possibilidade de ser identificado, o que a doutrina constitucional denomina de fraude à constituição, que será tratada com maior rigor, a partir de agora.

3 A DOUTRINA DA SINDICABILIDADE JURISDICIONAL E O ATO QUE FRAUDA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O que se viu, até o presente momento, é fricção do *impeachment* às duas correntes que sobrelevam a natureza do referido instituto. Uma tese argumenta ser de

---

[22] Meirelles (1993, p. 571) afirma em seu valoroso manual, que o Decreto-lei em questão havia sido lhes solicitado pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, “para substituir as leis 211/48 e 3.528/59, que regulavam a extinção e cassação de mantos de prefeitos e vereadores, definiam os crimes de responsabilidade e dispunham sobre o respectivo processo, com aplicação supletiva da Lei 1.079/50, que ainda rege o *impeachment* de autoridades federais e estaduais. Aquela inadequada e tumultuaria legislação gerou a impunidade dos agentes políticos municipais, já por que as Câmaras de Vereadores não autorizavam o judiciário a processá-los criminalmente já por que os crimes de responsabilidades e as infrações político-administrativas estavam mal definidas e muitas vezes confundidas na conceituação legal.” O autor afirma que, após esse passo, teve “a preocupação de definis os tipos mais danosas à Administração municipal e de separar nitidamente as *infrações penais* das *Infrações político-administrativas*” (grifo do autor).

natureza política, gerando, no sentido do Crime de Responsabilidade, o seu ajuste de acordo com os juízos de conveniência e oportunidade, enquanto outra, referenda a natureza político-jurídica, impondo, antes de tudo, importantes balizas jurídicas necessárias à definição do que seja o Crime de Responsabilidade.

Classicamente, Bim (2006, p. 68) informa ter vigorado, o ideal afirmador da insindicabilidade das questões políticas, que se resumem naquelas "decorrente dos atos políticos (...) que são aqueles mais diretamente ligados à condução política do Estado".[23] Todavia, ao que parece, o pensamento não é o mais acertado, quando estamos diante do processo de impeachment. Há diversos posicionamentos que atestam a tese autorizadora do controle do ato em face da Constituição

> A doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos [políticos] são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade. Aqui o problema não diz respeito ao conteúdo e ao motivo dos atos, mas sim a elementos que não podem deixar de ser fiscalizados, por que nesse caso preleva o princípio da legalidade e da supremacia da Constituição. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 176)

Em importante crítica ao modelo adotado pela teoria que refuta o controle jurisdicional desses atos, o já citado autor afirma que no Estado Democrático de Direito, "não podem existir círculos de poder imunes ao controle jurisdicional, uma vez que uma de suas características é a responsabilidade pelos atos estatais", que só pode vir a ser auferido por meio de controle jurisdicional, conforme desponta o inciso XXXV do art. 5º de nossa Carta Cidadã. (BIM, 2006, p. 69).

Citando Ruy Barbosa, Bim (2006, p. 73) tem a conclusão correta quando admite não existir "questão exclusivamente política quando se ferem direitos subjetivos de alguém". Eis o entendimento obtido pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgou o MS 22.494/DF. Nas precisas palavras do Ministro Celso de Mello:

> é da essência de nosso sistema constitucional, portanto, que, onde quer que haja uma lesão a direitos subjetivos, não importando a origem da violação, aí sempre incidirá, em plenitude, a possibilidade de controle jurisdicional. A invocação do caráter *interna corporis* de determinados atos, cuja prática possa ofender direitos assegurados pela ordem jurídica, não tem o condão de impedir a revisão judicial de tais deliberações. Os círculos de imunidades de poder – inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo – não o protegem da

[23] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 416) afirmou, de modo catedrático, que "a criação dessa categoria de atos objetivou justamente excluir uma série de atos, de caráter político, do controle da Justiça".

> intervenção corretiva e reparadora do Judiciário, que tem a missão de fazer cessar os comportamentos ilícitos que vulnerem direitos públicos subjetivos.

Em outro julgado, nos autos do MS 21.687/DF, a Suprema Corte indicou estar atenta a esse princípio básico, aduzindo que

> Jamais tolerou que a invocação do caráter político das resoluções tomadas pelas Casas Legislativas pudesse configurar – naquelas estritas hipóteses de lesão a direito de terceiros – um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos ou arbitrários, praticados à margem da Constituição

Desta forma, admitir seria a exigência do devido processo legal substancial. Quantas às práticas realizadas à margem da Constituição, Pontes de Miranda (1967, p. 45), em seu *Tratado de Direito Privado*, ensina como se averigua a existência da burla ao que o ordenamento jurídico busca proteger.

O entendimento da fraude à lei nascerá quando o agente busca uma categoria lícita, permitida por outra norma jurídica, para obter fim proibido pela norma que ele objetiva fraudar[24]. Nas palavras de Pontes de Miranda (1967, p. 45) "faz contra lei o que faz o que a lei proíbe, em fraude (da lei) o que, salvas as palavras da lei, o sentido da lei elude". Pontes de Miranda (1967, p. 47) continua os seus ensinamentos, indicando que

> A expressão fraude, *fraus*, pelo étimo, que é o mesmo de frustrar, e pelo elemento de intenção dolo, que se inseriu no conceito, não é sem grandes inconvenientes na teoria da infração indireta da lei. (...) Não há por onde se procurar o *institutus*, basta a infração mesma. Toda investigação do intuito. Toda investigação do intuito pode levar a confusão da fraude à lei com simulação. O conceito é jurídico e a teoria é jurídica. (...) não se insurge de motivos morais ou de boa-fé, ao se ter de verificar se infringiu a lei: tanto a infringe quem indiretamente a infringe quanto quem a infringe diretamente. (Grifo do autor)

A conclusão se tem é que a fraude à lei[25] está "em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser

---

[24] "Nos textos de Paulo e de Ulpiano, não devemos ver a afirmação de que a fraude à lei e a violação da lei, o *in fraudem agem* e *contra legem agere*, sejam duas espécies de *agere* contrário ao direito, mas sim a de que o *in fraudem agere* é espécie de *contra legem agere*, apenas com a particularidade de que a *senten tia legis* impõe ao sistema jurídico que não se permita a violação indireta da lei. A *fraus legis* não é oposta ao *agere contra legem*; é espécie desse: até onde chega o conteúdo revelado da regra jurídica são possíveis assim a violação direta como a indireta". (PONTES DE MIRANDA, 1967, p. 46)

[25] Pontes de Miranda (1967, p. 52 – 53) estabelece o fundamento jurídico da teoria em cinco bases teóricas: "(a) Os que tentaram fundar na moralização do direito a teoria da fraude a lei cometeram erro grave: ou a teoria jurídica da fraude à lei é jurídica, ou não há teoria jurídica da

aplicada a regra jurídica fraudada" (PONTES DE MIRANDA, 1967, p. 52), não incidindo, desta forma, naquela, justamente, por ter incidindo essa. "A fraude à lei põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração da lei, confiando o infrator em que o juiz erre".

Sendo detectado essa violação, Pontes de Miranda (1967, p. 51) indica havers sanção adequada, que não poderá ser outra, que não a "nulidade do ato ou a aplicação da lei, ou a incidência do tributo". Para ele, "há sanção jurídica, o que somente pode ocorrer se a teoria é jurídica".

Na contemporaneidade, Mello (2010, p. 139) traz visão atualizada da versão originária, traduzida por Pontes de Miranda. O autor estabelece a questão de "inconstitucionalidade da lei que de um modo indireto, com aparência de compatibilidade com norma ou princípio constitucional, viola-o, fraudando-o", como objeto do seu estudo.

Mello (2010, p. 144-145) indica haver duas vertentes fraudadoras das normas jurídicas. A primeira, o faz de maneira direta, quando "há ocorrência de conduta contrária à sua determinação". Já a segunda, ocorre de maneira indireta, que são

---

fraude à lei. Se há fraude à lei e a sanção é a nulidade do ato, ou a aplicação da lei, ou a incidência do tributo, há sanção jurídica. Fora daí, cai-se em digressões literárias, improprias do verdadeiro jurista´. Ainda quando as leis falem de bons costumes, fim imoral e outra adjetivações do contrário à vida social, o conceito do que se usa é jurídico. (b) Alguns exageram o papel da interpretação das leis na teoria da fraude à lei. Chegou-se mesmo a dizer que foi a interpretação literal que permitiu a sanção por fraude à lei (A. Ligeropoulo. *Le problema de la fraude à la Loi*, 60), sem atenderem a que Paulo e Ulpiano apenas buscavam expressão ao conceito de ofensa a ratio legis, a violação previa da lei, sem afirmação de que não se precisa ir ao sentido para se reputar contra legem o agere. Por outro lado, as leis de conteúdo claro, unívoco, podem ser leis fraudáveis e, em concreto, fraudadas. (...) Há fraude à lei sempre que se pratica ato que seria admitido por alguma regra que está no sistema jurídico, mas que pré-exclui resultado, positivo ou negativo, que outra regra jurídica, sob a sanção à infração, determinava. (c) Outros generalizam torando o elemento subjetivo, intenção tornando-o essencial ao conceito. Levou H. Desbois (*La nation de la Fraude a la Loi*, 31), através da teoria da causa, a noção de fraude à lei ao terreno da ilicitude, em vez de a manter no terreno da simples contrariedade a direito, - talvez por influência de concepções criminalísticas. A teoria da fraude a lei serve a inteligência de algumas aplicações de alguns artigos. Nada tem a com a teoria da causa, pasto que possa a causa ser um dos elementos do suporte fático no tocante a sanção. (d) O que se passa com a fraude a lei parece-se, porém, não se identifica com o que se passa com o abuso do direito. Ali, usa-se, irregularmente, a autonomia privada; aqui, exerce-se, irregularmente, o direito. Quanto ao abuso do direito, os sistemas jurídicas, podem repeli-lo, ou não, considerando-o, ou não, ato ilícito; quanto à fraude à lei, se se permitissem as violações indiretas da lei, expor-se-ia o sistema jurídico a ser acutilado, por meio dévios. Note-se mais que a lei mesma se poria em contradição com a determinação da sanção escolhida, por que a pré-excluiria se o infrator usasse de embustes e enganos. Para a regra jurídica em si, em seu conteúdo, há de ser o mesmo violado direta ou indiretamente. (e) Alguns autores pretendem ver na fraude a lei, sempre, assim em direito substancial como em sobre direito (e.g. direito internacional privado), concorrência de duas leis competentes; mas tal concepção seria perigosa: se o juiz tem de aplicar a lei fraudada, em vez da quase se queria que fosse aplicada, só se já de pensar numa incidência. No próprio plano internacional, as duas competências podem ocorrer mas o juiz nacional só reputa competente a sua. No direito interno, a admissão de duas leis competentes está excluída pela pré-admissão à fraude a lei. A regra jurídica não permite que se discuta, nesse caso, fraude a lei, por que o problema não é de fraude a lei."

aquelas consideradas lícitas ou “pelo emprego de meios em geral ardilosos, aparentemente lícitos, se obtém resultado proibido ou se evita fim por ela imposto”.

Em termos distintos, a edição de lei ou ato normativo, que viole à Constituição Federal direta, gerará autorização, para que os órgão de controle emitem determinada sanção, visando corrigir determinada violação do texto constitucional. De outra forma, Mello (2010, p. 149-151) explica que a violação indireta às normas jurídicas tem sua marca no “caráter de norma impositiva ou proibitiva de resultado”, isso por que, “o objetivo do ato fraudulento consiste, precisamente, em evitar o resultado imposto ou alcançar o proibido pelas normas jurídicas”, pouco importando a intencionalidade da pratica fraudadora.

Por essas razões, o autor conclui que somente estará presente infração indireta, quando a norma jurídica tiver, em seu substrato, a marca da imposição ou proibição de determinado mandamento, cabendo, como sanção adequada à esta categoria de violação, a mesma descrita no caso da violação direta.

> A lógica deve presidir os sistemas jurídicos e nada mais ilógico do que, em se considerando dois atos contrários à mesma norma jurídica, sendo um direto, claro, sem artimanhas maliciosas, e o outro indireto, embuçado, cercado de artifícios, aplicar-lhes penalidades diferentes. (...) O correto tratamento da sanção aos atos em fraude à lei deve ser o de imputar-se a eles a mesma penalidade prescrita para a infração direta. (MELLO, 2010, p. 154-155)

É oportuno, ainda, o destaque ao caminho dado pela Constituição Federal de 1988, que impõe, dentre outros princípios, o efetivo respeito aos Princípios do Devido Processo Legal e a Supremacia da Constituição. O primeiro submete, não só ao princípio da Legalidade todo direito, mas, também, ao do Devido Processo Legal formal e substancial. Mendes e Vale (2013, p. 515) explicam o formato da curva que a legislação infraconstitucional faz em favor da Constituição, alegando que

> a situação normativo-hierárquica privilegiada da lei como fonte única do direito e da justiça (...) não pode resistir ao advento das leis constitucionais contemporâneas como normas superiores repletas de princípio e valores condicionantes de toda produção e interpretação/aplicação da lei. Rebaixada de sua proeminência normativa inicial, a lei passou a ter com a Constituição uma relação de subordinação (formal e material), submetida à possibilidade constante de ter sua validade contestada, e de ser, portanto, anulada, perante um Tribunal ou órgão judicial especificamente encarregado da fiscalização de sua adequação aos princípios constitucionais que lhe são superiores.

Desta forma, os autores deixam claro à orientação que o raciocínio, sempre, será em função da Constituição e nunca contra. A conclusão que se tira do excerto que se coloca é que o princípio da legalidade, ao final, protege não a lei em si mas, sim, o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que não bastaria, apenas, o respeito ao caminho da lei. Deve, ao buscar o enaltecimento da norma constitucional, o efetivo respeito ao substrato do andamento do impedimento. São outras palavras do autor, que confirmam a conclusão, ao inferir que

> O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar-se então em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independentemente de sua forma (MENDES; VALE, 2013, p. 516).

Assim, "o princípio da legalidade [...] converte-se em princípio da constitucionalidade, subordinando toda atividade estatal e privada à força normativa da constituição" (MENDES E VALE, 2013, p. 517).

Esse entendimento gera, acertadamente, a colocação do Texto constitucional no ápice do ordenamento, respeitando a Supremacia da Constituição. É claro, por nós, que a Constituição Federal de 1988 é o diploma que organiza e estrutura a atuação do Estado, definindo, entre os poderes, a competência que deverão ser exercidas entre si.

Bulos (2014, p. 128) especifica, de maneira catedrática, que o princípio da Supremacia da Constituição se pauta na "subordinação dos atos públicos e privados à Constituição do Estado", obrigando a já falada curva institucional das leis e atos normativos à efetivação do que está disposto no texto da carta constitucional.

Desta forma, havendo eleição da lei que irá reger determinado assunto, deverá ser pautada, não no interesse dela a, mas, sim, a partir dos caminhos fixados pela Constituição Federa[26]. O caminho necessário, ditado pela fraude à Constituição Federal, sem esquecer do imperativo trazido pelos princípios da Legalidade, Devido Processo Legal Formal e Substancial e o da Supremacia da Constituição, há necessidade preeminente de se exigir ao processo do *impeachment*, que se respeite as bases da norma fundamental.

[26] "O ordenamento se compõe de normas jurídicas situadas em planos distintos, formando um escalonamento de diferentes níveis. E, no nível mais elevado do Direito Positivo, está a constituição, que é o parâmetro, a lei fundamental do Estado, a rainha de todas as leis e atos normativos, a *Lex legum* (lei das leis). Consequência disso: sendo a constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem agressões à sua magnitude" (BULOS, 2014, p. 128)

Conforme já se colocou, o *impeachment* se caracteriza por ser um o processo de natureza político-jurídica, que exige o Crime de Responsabilidade, pressuposto descrito no *caput* do art. 85 da CF/88, com a presente marca dolo do agente em atentar contra à Constituição, admitindo, também, a vontade tentada, deve ser vista como verdadeira pedra de toque do referido impedimento que, sem sombras de dúvidas, fortaleceria o liame entre o devido processo legal formal e o substancial, além da referida legitimidade constitucional.

Desta forma, o processamento do *impeachment* que não respeita as balizas constitucionais, não autoriza que o referido julgamento corrido nas quadras das casas da maioria, possa vir "desrespeitar a Constituição" e, muito menos, vir à "subtrair do Supremo Tribunal Federal a (re)apreciação de eventuais atos atentatórios à principiologia constitucional." (STRECK, OLIVEIRA E BAHIA, 2013, p. 2.733).

Isso significa que a intangibilidade do procedimento do *impeachment* só pode vir à receber o abraço do véu democrático, apenas, quando seus requisitos vem a serem respeitados, excluindo à ideia da exigência da maioria congressual qualificada, apenas. É necessário, por força do que dispõe à CF/88 à existência do Crime de Responsabilidade cometida pelo Chefe do Executivo com a intenção de atentar contra à Constituição.

A certeza que se pode extrair de tudo que se alegou é que está na aceitação logico-constitucional de que "democracia se faz sob o direito e a partir do direito" (STRECK, OLIVEIRA E BAHIA, 2013, p. 2.733). Estas são as bases do nascimento e do fomentar do processo de *impeachment.* Admitir a flexibilização destes critérios jurídicos, geraria a legitimação e, posterior vitória, da atitude parlamentar oportunista, possivelmente, fraudadora da constituição.

Em última e acertada análise, a medida legitimaria o pensamento oportunista que entrega a autorização, ao processo de *impeachment,* de ser utilizado de maneira livre. Deve, a Democracia brasileira, afastar o respectivo desvio, favorecendo a orientação que efetive o texto da Constituição.

CONCLUSÃO

O *impeachment* se apresenta como mecanismo de autoproteção constitucional, afastando, do mandato presidencial, pessoa que atente contra os comandos e pretensões estabelecidas na carta cidadã. Entrega-se, desta forma, por meio do impedimento, a função de averiguar ocorrência ou não de ato atentatório à Constituição.

Desta forma, a justificação do andamento do instituto, que declara o Presidente da República impedido, feito sob a chancela da natureza político-jurídica dá as condições adequadas para que seja cumprido, de maneira efetiva, o texto constitucional.

Não bastasse isso, a admissão da natureza política-jurídica afasta que sejam aplicadas, ao final do procedimento, hipóteses quaisquer, como ato legitimador do processamento do *impeachment*. Extrai-se, assim, a conclusão de que só haverá impedimento caso haja hipótese de crime de responsabilidade, não podendo, o Poder Legislativo, revogar o mandato eletivo por outro caminho que não seja a existência de ato atentatório à Constituição (e não à lei infraconstitucional).

Cumulando à perspectiva da natureza político-jurídica, conclui-se que o único pressuposto autorizador que legitima a aplicação das balizas do impedimento, encontra-se na ocorrência do Crime de Responsabilidade, possuidor de balizas jurídicas, acostadas no art. 85 da Constituição Brasileira.

Faz-se mister por, no ponto mais alto do ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 e, em nome dela, orientar à aplicação de todos os textos infraconstitucionais. Para o Crime de Responsabilidade, o acabamento que se extrai da norma fundamental, é aquele que atenta contra a si, sendo, mais que imperioso, manifestação da vontade objetivando, de forma dolosa ou comissiva, a ocorrência da infração.

Assim, o não respeito às balizas estipuladas pela carta constitucional, gera, por decorrência logica, o não respeito ao texto constitucional, fator este que afasta, do andamento processual do impeachment, legitimidade constitucional.

Desta forma, tocar o processamento da medida sob o arrepio dos critérios constitucionais, que o estudo insiste em narrar, gera, ao final, o que o pensamento pontiano narrou como fraude à constituição. Não é o que deve proceder.

O *impeachment* comporta critérios jurídicos. Por possuir esta exigência, a análise do mérito perpassa, necessariamente, pelo respeito às balizas jurídicas, dos quais, a existência de ato atentatório à constituição, o que torna, de obrigatoriedade legal, a claridade do ato sob a forma dolosa ou comissiva.

São essas as razões jurídicas que autorizam a deflagração o processo de impedimento, sob a forma que a Constituição Federal de 1988 optou em talhar. Não pode ser compreendida, em hipótese alguma, tomando por base outro critério, sob pena de fraudar a Constituição.

É do Direito às respostas questionadoras do instituto que possui faceta jurídica. Quanto à ele, não basta, apenas, vontade de uma maioria absoluta, que é ocasional. Desta forma, haverá mais democracia, caso haja maior respeito às balizas

constitucionais. Do direito, o que é do direito. Eis o caminho que consolida o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Agassiz de. **A nação e o impeachment**. v. 686. p. 423 – 434. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, dez/1992.

ARANTES, Rogerio Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: IDESP, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre Impeachment**. Disponível em: < http://www.srbarros.com.br/pt/-i-impeachment--i-.cont>. Acesso em 9 jun. 2016

BERCOVICI, Gilberto. **Consulta**. São Paulo, 12 out. 2015. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/parecer-dilma-bercovici.pdf. Acesso em: 15 jun. 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. **A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade**. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 65-94, jan./mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Constitucional. Mandado de Segurança. Poder Legislativo, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sistema Financeiro Nacional. **Mandado de Segurança nº. 22.494/DF**. Disponível em:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85763>. Acessado em 20 jun. 2016.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação Constitucional. Mandado de Segurança. Poder Executivo, Presidente da República e Direitos Políticos, cassação e anulação. **Mandado de Segurança nº. 21.689/DF**. Disponível em:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587>. Acessado em 20 jun. 2016

BULOS, *Uadi Lammêgo*. **Curso de direito constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CASTRO, José Nilo. **Direito Municipal Positivo**, 49. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. **Do impeachment no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Opinião Jurídica**. 28 set. 2015. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/10/images-1.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FAVER, Marcus. **Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação Impeachment: historic evolution, legal nature and suggested application**. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 271, p. 319-343, Jan/Abril 2016.

FERREIRA, Gabriel Luiz. **Tese**. Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, Congresso Jurídico Americano, v. II, dissertações (direito público). Rio de Janeiro, 1904.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

______; COMPARATO, Fábio Konder. **Parecer**. 30 set. 2015. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151014-13.pdf. Acesso em: 16 jun. 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. **Comentário ao artigo 5 º, Inicios II**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 513 - 527.´

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. Brasília: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Funções, órgãos e actos do Estado**. Lisboa; Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1986.

NUNES, Castro. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense: 1943.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Infração (crime) de responsabilidade e impeachment = Illicit (crime) of responsibility and impeachment**. Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 61-80, abr./jun. 2016.

RICCITELLI, Antônio. **Impeachment à Brasileira**: Instrumento de Controle Parlamentar? Barueri: Minha Editora, 2006.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **O Problema da Fiscalização da Constitucionalidade dos Atos Políticos em Geral** 1. Interesse Público - IP Belo Horizonte, n. 35, ano 8 Janeiro / Fevereiro 2006 Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49311. Acesso em: 13 jun. 2016.

SILVA, Gerfison Soares. **A ação civil pública como direito fundamental e a (in)adequação da vedação à sua propositura para a tutela de questões tributárias, à luz da sistemática de proteção dos interesses transindividuais.** 2014, 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Centro Universitário Do Estado Do Pará, Belém, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre. **Comentário ao artigo 5 º, Inicios II**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.723 – 2.733.

TAVARES, André Ramos. **Parecer Jurídico**. 12 out. 2015. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151021-01.pdf. Acesso em: 17 jun. 2016.

TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. **Parecer**. Rio de Janeiro, 26 out. 2015. Disponível em: http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/12/Juarez-Tavarez.pdf. Acesso em: 14 jun. 2016.

Lucas de Araújo Duarte[27]

RESUMO

A presente análise objetiva contribuir com as discussões sobre os precedentes judiciais — na acepção que lhe é conferida pelo Novo Código de Processo Civil — e verificar se há compatibilidade entre essas inovações e a Constituição Federal, tendo em vista o Brasil ser filiado à tradição romano-germânica do Direito. Para tanto, serão analisadas as fontes do direito, tanto na *common law* quanto no *civil law*, e o valor normativo que se atribui à lei e à jurisprudência em cada um desses sistemas. Após, será feita uma breve análise acerca da força normativa da jurisprudência no Brasil, da interpretação judicial e em que medida o modelo atual prestigia a segurança jurídica. Por fim, serão analisados os precedentes vinculantes do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil e a sua conformação com a Constituição Federal e o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito processual civil. Direito constitucional. Novo código de processo civil. Precedentes. Constitucionalidade dos precedentes judiciais. Sistemas jurídicos. Common law. Civil law.

ABSTRACT

This analysis aims to contribute to the debate on the precedents as they are raised in the Brazilian New Code of Civil Procedure. It also aims to confirm whether the new institutions are compatible with the Constitution given how the Brazilian juridical system has been structured in its early years, and even until now, within the confines of civil law tradition. To this end, this research will analyze the differences between the sources of law in each tradition (common law and civil law) and investigate the roles of statutes and decisions, as well as their normative power in both systems. Accordingly, this analysis will focus on how the Brazilian judicial decision-making system has been understood throughout the years, and whether the current model privileges the stability and unity of past and present court decisions. Ultimately, this analysis will be applied to Article 927 of the New Code of Civil Procedure — which has recently introduced several binding precedents in the Brazilian juridical system — and will seek to explain whether these new institutions are compatible with the Federal Constitution of the Brazilian Federative Republic.

Keywords: Procedural law. Constitutional law. The new code of civil procedure. Precedents. Constitutionality of the precedents. Legal systems. Common law. Civil law.

INTRODUÇÃO

Nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica do Direito, a obediência à lei, pelos juízes, foi o baluarte da segurança jurídica por muito tempo, de modo que no período da Revolução Francesa, berço desse modelo positivista, os juízes foram proibidos de interpretar a lei, sendo dela meros aplicadores. A desconfiança dos franceses com o regime anterior se justificava na medida em que o fundamento do Direito antigo era a figura do monarca,

[27] Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

derivando daí um “arbítrio juridicamente permitido e reconhecido”[28] a que os governados, sem escolha, se sujeitavam.

No Século XX, contudo, se percebeu, a partir de experiências com regimes totalitários sustentados pela lei, como o nazismo na Alemanha da segunda guerra mundial, que o legislador não era integralmente confiável, e que mesmo a lei poderia render os governados ao arbítrio estatal[29]. Com a derrocada gradual desse modelo, e com a ascensão do pós-positivismo, que implicou no reconhecimento da força normativa de princípios e valores tendo como objetivo concretizar direitos fundamentais, os juízes ganharam maior protagonismo na interpretação judicial.

No modelo da *civil law*, adotado pelo Brasil, esse fato desencadeou um cenário em que os juízes passaram a fazer, de uma mesma redação legal, múltiplas interpretações. Os jurisdicionados então, recorrendo ao Poder Judiciário, recebiam sobre causas com idênticos conteúdos, respostas jurídicas diversas e conflitantes, é dizer, a vitória do litigante dependeria de onde sua ação fosse distribuída ou de qual turma julgaria o seu recurso.

De outro lado, a multiplicação de ações versando sobre mesmo conteúdo jurídico fez nascer algumas técnicas de julgamento em massa, como os recursos repetitivos e o regime de repercussão geral no recurso extraordinário, cujo objetivo foi o de desafogar os tribunais superiores, assoberbados com processos idênticos, além de unificar a jurisprudência. A partir dessa abertura, fez-se assente na comunidade jurídica a necessidade de aprimorar e criar novas técnicas de julgamento em litígios pluri-individuais[30], e tais anseios foram respondidos pelo Novo Código de Processo Civil que introduziu um rol de julgados vinculantes a que se tem denominado, não da forma mais técnica e correta, precedentes judiciais.

A pesquisa investigará até que ponto o Novo Código de Processo Civil, com tais institutos, se aproximou de um genuíno sistema de precedentes como

---

[28] RASELLI, Alessandro apud DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 31.
[29] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19 e 20.
[30] Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 520.

aquele utilizado nos países adeptos da *common law*, e se a empreitada do legislador não ultrapassou os limites conformadores do sistema jurídico da *civil law* — notadamente, a separação de poderes e a primazia da lei — bem como da própria Constituição Federal.

1. FONTES DE DIREITO: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O Direito é uma instituição que tem se transformado ao longo da história dos homens e das civilizações. Nessa constante evolução, por assim dizer, o Direito e os sistemas jurídicos em geral adaptam-se ao período histórico e social que o conformam, revelando novos institutos, suprimindo antigos e conservando algumas de suas estruturas mais primordiais[31].

As fontes do direito são, a partir dessa confluência de elementos históricos, políticos e sociais, os meios pelos quais nascem as regras jurídicas de cada sociedade, e mediante o qual se estrutura o poder que as sustenta e as positiva perante todos com eficácia obrigatória (*i.e.*, com força de lei)[32].

Doutrinariamente, dividem-se as fontes do direito em fontes materiais e fontes formais. As fontes materiais do Direito são justamente esses fatores, circunstâncias, "pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do direito em determinada sociedade"[33]. As necessidades econômicas, os valores éticos e morais, a influência de determinados grupos políticos e religiosos é que ditarão, ao fim, como hão de se se revelar as normas jurídicas de uma sociedade[34].

As fontes formais, por outro lado, "são os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas"[35], destacando-se dentre elas a lei, nos países que seguem a tradição romano-germânica (*civil law*), e o costume, que serve de base aos países adotantes do direito anglo-saxônico (*common law*)[36].

---

[31] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 142.
[32] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 140 e 141.
[33] DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.183 e 184.
[34] DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 184.
[35] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 142.
[36] Ibid. p. 143.

A partir dessa valorização particular de uma ou outra fonte de direito emergiram duas tradições jurídicas distintas, uma oriunda do direito romanístico, e a outra do direito anglo-americano:

> A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*. Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial[37].

O Direito brasileiro filia-se ao sistema jurídico de tradição romanística, prestigiando a supremacia do processo legislativo enquanto instrumento de conformação e criação das regras jurídicas que se revelam a partir da lei e dos códigos[38].

Já o direito anglo-americano tem como fonte principal os costumes, que, uma vez interpretados pelos juízes, fazem surgir um direito de natureza jurisprudencial "fundado antes de tudo sobre os precedentes e sobre a razão"[39], sendo que "as leis e os regulamentos são observados, segundo a tradição, como complementos ou corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema da *common law*"[40].

Contudo, não se pode reduzir nem o direito anglo-saxônico à jurisprudência, e nem o direito romano-germânico à lei[41], pois ambos os ordenamentos jurídicos envolvem maior grau de complexidade para o seu entendimento. Deve ser rechaçada, também, a crença de que os dois modelos jurídicos são completamente diferentes ou até mesmo antitéticos, pois ainda que

---

[37] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141 e 142.

[38] Ibid., p. 153 e 154.

[39] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 460 e 461.

[40] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 460 e 461.

[41] Como registra Norberto Bobbio, "Os ordenamentos jurídicos, que constituem nossa experiência de historiadores e de juristas, são complexos. A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o legislador que coloca as normas e os súditos que as recebem, é puramente escolástica" (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 37).

existam peculiaridades distintivas em cada um deles, as duas tradições não nasceram e se consolidaram totalmente alheias às influências uma da outra[42].

1.1. A LEI E A JURISPRUDÊNCIA

A lei é, de forma sucinta, "a forma moderna de produção do Direito Positivo"[43] nascida de "ato do Poder Legislativo, que estabelece normas de acordo com os interesses sociais"[44]. A jurisprudência concebe-se, segundo Miguel Reale, como "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais"[45].

Nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, a lei é a principal fonte do Direito, estando as demais fontes, nesse sentido, em "posição subordinada e de importância muito reduzida em confronto com a fonte por excelência"[46]. Tal é a concepção clássica oriunda da escola de pensamento francês[47], dominante no século XIX, mas que vem sendo flexibilizada no percurso do tempo e das transformações, de modo que hoje em dia, ao lado da lei, abre-se cada vez mais espaço para outras fontes do direito de expressiva relevância[48].

Se no direito brasileiro prevalece o império das leis, naqueles países adotantes da *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos, a forma pela qual o direito se revela é através dos precedentes judiciais[49]. Sobre a perspectiva desse sistema, registra René David:

---

[42] PÁDUA, Thiago Aguiar de. Breve ensaio sobre o(s) precedente(s) no Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo-Horizonte, ano 24, n. 94, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240468>. Acesso em 23 jun. 2016.

[43] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 146.

[44] Idem.

[45] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167.

[46] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 112.

[47] Daniel Mitidiero, nesse sentido, registra que "A afirmação da lei e do papel secundário assumido pela jurisprudência no direito francês — a ponto de ser em um dado momento expressamente vedada a possibilidade de os juízes interpretarem a lei — constituem frutos de um projeto cultural de superação do particularismo jurídico, da eliminação da *interpretatio* como atividade inerente ao poder do juiz e da promoção da segurança jurídica tão somente pelo legislador" (MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 44).

[48] Idem.

[49] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 143.

> O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciárias que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: "*There is no law on the point*" (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja[50].

Contudo, é de se observar que no sistema jurídico americano existe uma lei escrita e positivada que se encontra em elevado patamar de importância, e cujo tratamento destoa das demais normas jurídicas. Tal ruptura informa uma das grandes diferenças entre este sistema e o Direito da Inglaterra, denotando uma flexibilização da regra geral do *common law*, onde a lei detém mero papel secundário[51]:

> A Constituição dos Estados Unidos é a expressão autorizada do contrato social que une os cidadãos e legitima as autoridades instituídas. É a lei fundamental (*Grundgezetz*) que estabelece as próprias bases da sociedade. Não se poderia tratá-la como às outras leis, que procuram completar ou retificar um direito de essência jurisprudencial, formulando regras detalhistas. A Constituição dos Estados Unidos é, dominando o edifício da *common law*, uma lei do tipo românica; que não visa diretamente resolver litígios, mas que estabelece as regras gerais de organização e de conduta dos governantes e dos administradores. [52]

Também no sistema jurídico brasileiro a regra (supremacia da lei) vem sendo relativizada — ainda que sob intensas críticas —, autorizando-se gradualmente uma maior ingerência do Poder Judiciário na produção de enunciados normativos de caráter geral, como, *e.g.*, a Súmula Vinculante, a eficácia vinculante das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, a técnica do julgamento em casos repetitivos, e, mais recentemente, os precedentes vinculantes trazidos pelo Novo Código de Processo Civil ("NCPC")[53].

A jurisprudência, antes vista de forma complementar e secundária no Brasil, emerge, a partir do NCPC, como uma fonte substancial do Direito,

---

[50] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 459.
[51] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 497.
[52] Idem.
[53] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.963.

impondo “uma reconstrução da nossa ordem jurídica no plano das fontes”[54] e uma nova forma de pensar o Direito.

1.2. JURISPRUDÊNCIA, INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

No direito brasileiro, a legislação ocupa o papel central das fontes, e o sistema optou por desconsiderar a jurisprudência como fonte primária do Direito, procedendo-se à sua qualificação “como simples fonte secundária, reflexa ou indireta”[55].

Além disso, a regra prevalecente até então é a de que “a decisão judiciária não obriga os demais tribunais nem o próprio tribunal em relação a futuras decisões"[56] vinculando somente as partes litigantes em determinado processo onde a decisão for exarada[57].

Essa forma de pensar o direito, deixando cada juiz atuar praticamente como uma instituição autônoma, fez surgir um sistema jurídico permeado por decisões contrastantes e oscilantes nos tribunais pátrios, o que foi aceito, até recentemente, como um fenômeno natural ao nosso sistema. Como bem observou Guilherme Marinoni:

> Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob essa inscrição, recebe decisão distinta da proferida — em caso idêntico — pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor de tratamento perante a lei.[58]

A verdade é que o conceito de unidade e estabilidade na jurisprudência é muito mais conectado à tradição do direito anglo-americano. No federalismo estado-unidense, por exemplo, as leis variam muito entre os Estados, mas existe uma profunda e fundamental unidade entre a interpretação judicial que se dá a

---

[54] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 104.
[55] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 104.
[56] DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 194.
[57] Idem.
[58] MARINONI, Luiz Guilherme apud MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

todas elas. Esta unidade, segundo René David “deriva de um certo número de fatores institucionais, mas sobretudo de um estado de espírito que reina no povo e nos juristas americanos”[59], que, muito embora respeitem a diversidade das leis, “não admitem que uma interpretação diversa possa ser dada à common law”[60].

Não se deve descartar, contudo, que também é da preocupação do *civil law* que os juízes decidam de acordo com a lei conferindo unidade ao sistema. Aliás, deveria ser tarefa mais fácil uniformizar a jurisprudência, partindo do pressuposto de que todos os julgadores se vinculam a uma mesma redação legal. Entretanto, a experiência tem demonstrado que “isto não ocorre se cada juiz puder interpretar a lei à sua maneira”[61].

Nesse sentido é fácil compreender que, no Brasil, a preocupação com a unidade do sistema sempre adveio da lei, é dizer, atribuiu-se toda a segurança jurídica do sistema exclusivamente à legislação, revelando uma forma de pensar ainda muito “impregnada pela ideologia da separação de poderes — na sua versão ligada ao ciclo constitucional revolucionário francês — e pelo cognitivismo interpretativo”[62]. A lei, nessa acepção clássica, seria o instrumento ideal a encerrar o subjetivismo judicial[63], dando pouca — ou quase nenhuma — margem à interpretação[64].

Ocorre que, a partir do final da década de 1940 há uma derrocada gradual desse modelo dogmático e positivista, em que a interpretação da lei era adstrita, pelos juízes, a um exercício de mero silogismo formal[65]. A experiência

---

[59] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p. 469.
[60] Ibid.,.p. 470.
[61] DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 276.
[62] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 79 e 80.
[63] Sobre o assunto, Bruno Dantas e Teresa Wambier registram que “Entre 1800 e 1900, reinou, como era de se esperar, uma idolatria quase cega pelo conceito de Estado de Direito [...] A desconfiança que havia quanto aos órgãos do Estado fez com que se passasse a preferir a *rigidez das normas legais* a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz” (DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 35).
[64] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 44
[65] Sobre essa forma limitada de atuação do juiz, fruto do sistema jurídico que emergiu a partir da Revolução Francesa, Daniel Mitidiero explica que naquele contexto “caberia ao Corpo Legislativo a criação e a interpretação das normas e ao Poder Judiciário apenas a sua

com regimes totalitários legitimados pela lei, como o nazismo na Alemanha, fez acender o alerta na sociedade que passou a ver o legislador não mais como um ser infalível, mas, ao revés, como uma instituição que poderia cometer seríssimos equívocos[66].

A partir daí, uma nova era denominada "pós-positivismo" emergiu lentamente, instituindo um modelo em que se passou a reconhecer a força normativa de princípios e valores tendo como escopo viabilizar a prevalência dos direitos fundamentais. Tal empreitada conferiu ao Poder Judiciário um maior protagonismo (sobretudo na Jurisdição Constitucional), e o incumbiu de atuar objetivando sempre a concretização das "promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas"[67]

Assim é que, aos poucos, quebrou-se com a máxima de que a atuação dos magistrados consistia na simples aplicação da lei, adequando-se o caso concreto à norma jurídica que se lhe amoldasse (subsunção). Por outro lado, se a decisão judicial não era mais a simples aplicação da lei, enxergou-se que agora o magistrado teria um espaço de criação mais amplo, o que também preocupou a comunidade jurídica pelo seu potencial em gerar decisões impregnadas pelo subjetivismo de seu prolator, abalando igualmente a segurança jurídica[68].

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PREOCUPAÇÃO COM A UNIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

No sistema jurídico brasileiro, a discussão em torno da necessidade de os juízes respeitarem os precedentes judiciais — ao menos aqueles proferidos pelos Tribunais Superiores — ganhou força nas últimas décadas. Evidentemente, se toda a segurança jurídica de nosso sistema deriva da lei, então quando sobre essa mesma norma existirem duas ou mais interpretações diferentes, estar-se-á não mais diante de apenas uma lei, mas de duas ou mais

mecânica aplicação" (MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 54).

[66] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19 e 20.

[67] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19, 20 e 21.

[68] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 76 e 77.

normas jurídicas possíveis oriundas do mesmo texto legal. Esse fenômeno fragiliza o sistema, pois "a jurisprudência escancaradamente dispersa compromete a forma sistemática do direito, gerando desarmonia interna"[69], além de sujeitar o jurisdicionado à constante imprevisibilidade das decisões judiciais, comprometendo a segurança jurídica que se espera de um sistema íntegro[70].

O novo Código de Processo Civil, ao exigir em seu artigo 926 que a jurisprudência dos tribunais seja estável, íntegra e coerente, dá a tônica de como a questão se fez assente na comunidade jurídica brasileira, já que a "harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito"[71]. Surge, contudo, a necessidade de que se modifique a maneira de pensar o modelo jurídico atual, enxergando o Direito, em primeiro lugar, como uma construção formada pela relação dinâmica e cooperativa entre a lei a jurisprudência, possibilitando, em decorrência, uma gradual abertura de nosso sistema jurídico[72].

A própria redação do artigo 926 do NCPC tem dado azo a algumas discussões doutrinárias. Segundo Nelson Nery Junior, a jurisprudência estável não pode significar que os entendimentos fiquem estanques em descompasso com as "transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna"[73]. A estabilidade a que alude o artigo 926, deve ser compreendida, nesse sentido, como o impedimento de que "os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem sem qualquer justificativa plausível (por vezes até mesmo sem qualquer justificativa) seus entendimentos consolidados", sob pena de violarem a segurança e a isonomia jurídica[74].

No que tange à ideia de integridade e coerência trazida também pelo artigo 926, caput, do NCPC, Humberto Theodoro Junior, fazendo menção à concepção teórica de Ronald Dworkin, entende que a concretização dessas

---

[69] DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 276.
[70] Idem.
[71] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.487 e 1.488.
[72] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.
[73] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.958.
[74] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.489.

premissas demanda do intérprete uma análise do Direito como um romance em cadeia, em que os novos casos são apreciados em confronto com os capítulos passados (julgamentos passados), formando novos capítulos que deem continuidade aos antigos (acatando e respeitando seus mandamentos), ou que, dentro de uma perspectiva igualmente coerente, os superem[75].

Para cumprir essa finalidade, o Novo Código de Processo Civil passa a dispor de alguns instrumentos. Logo nos §§1º e 2º do artigo 926, a normal legal prescreve que, na forma estabelecida em seus regimentos internos, “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”[76], sendo que, ao editarem os enunciados, as Cortes deverão ater-se às “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”[77].

A edição de enunciados de súmula pelos tribunais não chega a ser uma inovação, mas a conjugação entre o *caput* do artigo 926 e seus parágrafos é que definitivamente revelam a novel preocupação do legislador em promover a unidade da jurisprudência nacional. Evidentemente, o artigo 926 trouxe uma espécie de guia de conduta que deve ser seguida pelos tribunais. Contudo, é no artigo 927 do NCPC que estão contidos os mandamentos legais que têm ensejado as maiores discussões na doutrina, dentre as quais, a própria constitucionalidade dos dispositivos ali elencados.

3. OS PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS “*PRECEDENTS*” DA *COMMON LAW*

O foco central da questão dos “precedentes” no Novo Código de Processo Civil reside entre os artigos 926 e 928, dispositivos normativos que prescrevem aos Tribunais pátrios a incumbência de uniformizar sua jurisprudência — mantendo-a estável, íntegra e coerente —, de editarem

[75] JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 286.
[76] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.
[77] Idem.

súmulas em consonância com os seus entendimentos dominantes, e observarem aquilo que vem discriminado nos cinco incisos do artigo 927[78].

O Código de Processo Civil de 1973, ao tratar do termo "precedente", referia-se unicamente à súmula[79] que deveria servir de uniformização da jurisprudência. Já no NCPC a expressão ganha novo significado, muito embora não exista definição expressa na lei que permita extrair um enunciado conceitual[80]. A verdade é que a empreitada do legislador se iniciou, na Câmara dos Deputados, no afã de instituir um modelo jurídico "precedentalista", mas o Senado optou por retirar do texto final os dispositivos que regulamentavam de forma pioneira no Brasil o sistema de precedentes judiciais[81].

Assim, o que se tem no Novo Código de Processo Civil, segundo Daniel Amorim, são apenas resquícios dessa incursão nos artigos 926 a 928 que, longe de instituir o sistema de precedentes judiciais próprio do direito anglo-saxônico, criaram somente uma "vinculação a determinados julgados dos tribunais superiores, ampliando a ideia já presente no sistema atual de súmula vinculante"[82]. Nesse sentido, é também o entendimento de Lenio Streck:

> Ora, o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law. [...] O sistema genuíno de precedentes inglês é criador de complexidade. O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC[83].

---

[78] JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 285 - 287.

[79] Cumpre transcrever, nesse sentido, o artigo 479 do CPC/73: Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

[80] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 822.

[81] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 421.

[82] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 421.

[83] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

Mas essa não seria a única diferença entre os “precedentes” brasileiros e os precedentes do sistema anglo-saxônico. Como já se teve a oportunidade de abordar nesta pesquisa, para o jurista da *common law*, se uma lei nunca foi interpretada pelos tribunais, então não há lei sobre a questão (*there is no law on the point*)[84].

Consequentemente, se não existe autoridade conferida à lei escrita nos países da *common law* até que se a tenha interpretado, então os precedentes se revelam como a fonte primária do direito[85] — ao contrário do que se passa no Brasil, onde a lei ocupa esse patamar — e impõem aos juízes a observância das “regras criadas pelos seus predecessores”[86]. Por outro lado, é necessário sublinhar que nem todos os precedentes da *common law* são vinculantes (*stare decisis*)[87], mas apenas aqueles proferidos por alguns órgãos do Poder Judiciário como, por exemplo, na Inglaterra, aqueles julgados das Cortes Superiores (*Supreme Court of Judicature*) e da Câmara dos Lordes[88]. Com efeito, “as decisões emanadas de outros tribunais ou organismos “quase-judiciários” podem ter um valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios”[89].

---

[84] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 459.

[85] Nesse sentido, Bruno Dantas e Teresa Wambier registram que “o *common law*, é interessante observar, não teve início com a adoção da explícita premissa ou da regra expressa de que os precedentes seriam vinculantes. Isso acabou acontecendo naturalmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de confiança nos precedentes e, a rigor, nunca foram definidos com precisão o papel dos precedentes e o método correto de argumentação a partir dos precedentes. Nesse contexto é que foi concebida a teoria declaratória, já que os juízes declaravam um direito que já existia (sob forma de costume), embora fosse às suas decisões que se davam (e se dão) o valor e o status de ser direito” (DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 73).

[86] Ibid., p. 428.

[87] José Medina faz importante observação sobre este conceito: “Costuma-se vincular a doutrina do *stare decisis* ao sistema de *common law*. [...] porém, o *stare decisis* não se confunde com o *common law*. Este surgiu muito antes daquele (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 819).

[88] “Foi na segunda metade do século XIX que se pôde notar um enrijecimento do *stare decisis*. [...] No casos *Beamish v. Beamish* se estabeleceu expressamente a regra de que a *House of Lords* estaria vinculada pelos seus próprios precedentes” (DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 74)

[89] Ibid., p. 428 e 429.

Na *common law* americana a regra do *stare decisis* é ainda mais flexível, porquanto “o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência”[90]. No Brasil, muito embora o artigo 927 tenha instituído a observância a determinados julgados, permanecem no sistema os julgados proferidos em processo subjetivo que não envolvem casos repetitivos e que não vinculam os tribunais[91].

Outra diferença apontada pela doutrina é a de que os precedentes do Novo Código de Processo Civil já estariam previamente listados na lei, ao passo que no sistema da *common law* os julgamentos só se tornariam precedentes no momento em que passassem a ser utilizados como fundamento em uma decisão posterior ao seu nascimento[92]. Nesse sentido, Daniel Amorim afirma que o NCPC prevê de forma prévia e específica quais os julgamentos que serão elevados ao patamar de precedentes, revelando uma forma apriorística e intencional de formação de precedentes a partir da lei (ao que Alexandre Freitas de Câmara teria denominado “precedente doloso”) [93].

Ainda, segundo Nelson Nery Júnior, o NCPC teria criado um precedente à brasileira “consubstanciado na súmula, em primeiro lugar, e em segundo lugar nas decisões/recursos repetitivos e de repercussão geral”[94], mas não teria equiparado esses institutos, em grau de complexidade, aos precedentes próprios da *common law*. Segundo esse autor, nesses países o precedente não é mera “ferramenta de simplificação de julgamento[95]” como ocorre no Brasil a partir da ascensão da litigiosidade repetitiva:

> [...] invoca-se o precedente porque se pretende que há nele uma analogia, substancialmente falando, que permite que o princípio que justifica o caso anterior cubra também o novo caso. Vai-se do particular ao geral, e não do geral ao particular, como é típico do sistema anglo-americano e inverso do nosso. Mas a afirmação da analogia tem de sujeitar-se ao distinguo (distinção-distinguish). Pode objetar-se que no novo caso há elementos relevantes que o subtraem à sorte jurídica do caso anterior[96].

---

[90] Ibid., p. 490.
[91] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.498 e 1.499.
[92] Idem.
[93] Idem.
[94] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.959
[95] Ibid., p. 1.963.
[96] Ibid., p. 1.959.

De fato, a doutrina parece convergir no mesmo sentido quando entende que o Novo Código de Processo Civil não chegou a instituir um sistema de precedentes com a complexidade daquele utilizado na *common law*. Fez nascer, isto sim, um rol de julgados que deverão ser respeitados pelo Poder Judiciário na aplicação do direito, com força vinculante tal qual aquela que já era conferida às súmulas vinculantes. Há críticas no sentido de que nos países que adotam os precedentes judiciais tal obediência se deve à própria tradição jurídica erigida através dos tempos, e não por força de lei[97]. Entretanto, em um país filiado à tradição do *civil law*, é evidente que a inclusão de julgados vinculantes só poderia mesmo decorrer de imperativos legais[98].

3.1. OS PRECEDENTES VINCULANTES DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No artigo 927 do Novo Código de Processo Civil há um rol de julgados vinculantes que devem ser observados pelos juízes e tribunais pátrios. Lê-se, nos incisos desse dispositivo normativo que "os juízes e tribunais observarão"[99]: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados[100].

---

[97] Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii. Acesso em: 08 out. 2016.
24

[98] AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. Disponível em: <https://www.academia.edu/29309760/Precedentes_e_a_Tetralogia_de_Streck>. Acesso em: 08 nov. 2016.

[99] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

[100] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

Aqui surge relevante questionamento acerca de qual seria a correta interpretação semântica do termo “observarão”, contido no artigo 927, *caput*, do NCPC, se o mandamento cria verdadeira obrigação aos juízes e tribunais — e daí, portanto, a eficácia vinculante dos julgados ali discriminados —, ou se somente cria “um dever ao órgão jurisdicional de levar em consideração, em suas decisões, os precedentes e enunciados sumulares lá previstos”[101], esvaindo-se, portanto, em caráter meramente persuasivo.

Para Luiz Marinoni, mais do que mera obrigação de os juízes e tribunais observarem o dispositivo dos julgados ali referidos, devem respeitar a própria *ratio decidendi* que pode ser extraída de cada um desses acórdãos, coadunando com o sistema pretendido pelo Novo Código de Processo Civil assentando a necessidade de “compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra a respeito do significado do direito no nosso país”[102].

Daniel Amorim parece compreender que o entendimento da doutrina majoritária é pacífico nesse aspecto, reconhecendo que o único sentido aferível do termo é o de consagrar de forma insofismável a eficácia vinculante dos precedentes e enunciados sumulares trazidos pelo artigo 927 e seus incisos[103]. Assim, sem embargos de entendimentos diversos, iremos analisa-los tendo como premissa a sua força vinculante.

Dentre os incisos do artigo 927 do NCPC, alguns se destacam por terem sido criados com o novo código, outros já existiam, porém ainda não possuíam expressamente a eficácia vinculante, e por último há aqueles que já gozavam dessa qualidade. Logo nos dois primeiros incisos do artigo 927 há a determinação para que os juízes e tribunais observem os julgados do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, bem como os enunciados de súmula vinculante editados por aquela Corte (art. 927, I e II)[104],

---

[101] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.492.
[102] MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio e MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 867.
[103] Ibid.
[104] Sobre essas previsões, Bruno Dantas e Teresa Wambier entendem que “a necessidade de respeito a decisões proferidas em ADIn, em AdeConst e em ADPF, bem como às súmulas vinculantes, nada tem que ver com respeitar precedentes. Súmulas não são decisões judiciais e decisões em controle concentrado não são precedentes. Obviamente tem de ser respeitados, sob pena de reclamação” (DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

sendo que, especificamente nesses dois casos, o NCPC só veio reforçar o que já diziam os artigos 102, §2º e 103-A, *caput*, da Constituição Federal[105].

A primeira grande novidade, até porque inexistentes esses institutos no CPC/73, vem no inciso III do artigo 927 do NCPC, prescrevendo aos juízes e tribunais que observem em suas decisões os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas[106].

Aliás, a força vinculante de tais institutos é também extraída de outros dispositivos normativos, como o artigo 947, §3º do NCPC, cuja redação determina que "o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese"[107]. Igualmente, o artigo 985 do NCPC prescreve que a tese jurídica veiculada no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada: i) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal; ii) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal[108].

Importante mencionar que no incidente de resolução de demandas repetitivas há a possibilidade de a eficácia vinculante do julgado se projetar para além da área de jurisdição do tribunal que o julgou, caso o processo desague, pela via recursal, no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, momento em que a tese jurídica lá adotada deverá ser aplicada em todo o território nacional e a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito, conforme preceitua o artigo 987, §2º do NCPC[109].

Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 519)

[105] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.491.

[106] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 422.

[107] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.

[108] Ibid. Acesso em: 08 jul. 2016.

[109] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.

Quanto ao regime dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o NCPC adota similar sistemática do revogado CPC/73, fortalecendo, também no inciso III do artigo 927, a eficácia *ultra partes* e vinculante desses julgados, e, igualmente, nos artigos 1.039 e 1.040, que prescrevem regras aos magistrados de 1º grau, aos tribunais de 2º grau e aos tribunais superiores acerca de como deverão agir a partir do julgamento dos recursos repetitivos, aplicando a tese lá veiculada ou se retratando de decisões em contrassenso a essas mesmas teses[110].

É importante mencionar que, nos termos do artigo 988, IV, do NCPC será cabível a reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, devendo ser proposta perante qualquer tribunal, sendo que seu julgamento caberá ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. Será igualmente cabível a reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias[111].

A questão mais polêmica do artigo 927 do NCPC talvez seja aquela trazida pelo inciso IV, que diz respeito ao dever de obediência, pelos juízes e tribunais, aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Tal inovação fez surgir alguns questionamentos na doutrina processualista, especialmente se haveria agora alguma diferença entre uma súmula "comum" do STF ou do STJ e uma súmula vinculante. A despeito dessa indagação, é certo que o sistema processual só admitirá a reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (artigo 988, III, NCPC)[112].

[110] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.492 e 1.770.
[111] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.
[112] JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 290.

O dispositivo também dá a entender que as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria infraconstitucional, não teriam eficácia vinculante, consagrando a ideia de que é o Superior Tribunal de Justiça quem dá a última palavra na intepretação e aplicação das normas infraconstitucionais do país[113].

Como anota Daniel Mitidiero, o artigo 927 deixou de fora de seu rol os julgados tomados em embargos de divergência que, no intuito de uniformizar a jurisprudência interna das cortes supremas, se tornam valiosos precedentes a serem adotados pelos órgãos fracionários e pelo pleno, até que se opte por modificar a jurisprudência do tribunal. Entende também esse autor que o artigo 927 incorre em erro ao equiparar precedentes e súmulas, pois na verdade "súmulas são enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes", e o que verdadeiramente obriga não são as sumulas em si, "mas os precedentes subjacentes[114]".

Inobstante as severas críticas que o artigo 927 tem sofrido por parte da doutrina e dos tribunais, na parte final dessa pesquisa optaremos por analisar a discussão acerca da constitucionalidade desses dispositivos, ora reputados como violadores da Constituição Federal e da teoria tripartição de poderes, ora vistos como inovações que não chegam a afrontar o sistema jurídico adotado pelo Brasil, modernizando o nosso já existente modelo de *civil law* em compasso com as novas necessidades.

3.2. A CONSTITUCIONALIDADE DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Questão que tem suscitado discussões na doutrina é a de que os incisos do artigo 927 seriam inconstitucionais, à exceção dos dois primeiros que reproduzem tão somente institutos já expressamente previstos na Constituição Federal, quais sejam, a força vinculante dos julgados do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade (art. 102, § 2º) e as súmulas vinculantes (art. 103-A). Os demais incisos teriam extraído a sua eficácia

---

[113] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.495.
[114] MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 108 e 109.

vinculante a partir de normas infraconstitucionais, emergindo daí uma possível inconstitucionalidade[115].

Nesse sentido, Daniel Amorim registra parte do entendimento da doutrina — ao qual o autor não se filia — segundo o qual a vinculação a preceitos abstratos e gerais fixados pelo Poder Judiciário, como aqueles constantes do artigo 927 do NCPC e seus incisos, seria uma outorga inconstitucional do poder legiferante redundando na violação ao princípio da legalidade e da separação de poderes[116].

O autor, lado outro, entende que o Poder Judiciário não cria leis propriamente através desses julgados vinculantes, o que sequer faria sentido, pois seria reconhecer que o Supremo Tribunal Federal legisla ao decidir processos objetivos ou ao editar súmula vinculante, entendimento que se revela equivocado[117].

Nelson Nery, um dos principais correligionários da tese de inconstitucionalidade dos precedentes, afirma que os juízes devem obediência aos julgados do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, e às súmulas vinculantes, porquanto a força normativa decorre diretamente da Constituição. Contudo, a obrigação de observância aos demais incisos do artigo 927 do NCPC seria flagrantement inconstitucional, pois os julgados e institutos ali elencados carregam conteúdos abstratos e gerais que só ao legislador caberia criar.[118]

Com efeito, para este autor a Constituição Federal é inequívoca ao afirmar que tanto o STF quanto o STJ são tribunais que decidem casos concretos consubstanciados em lides objetivas (como, *e.g*, a ADI) e subjetivas (REsp, RE), o que não lhes confere o poder de editar enunciados abstratos, gerais e vinculantes com características de lei, prerrogativa que só lhes poderia ser conferida por emenda constitucional[119].

---

[115] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.491.
[116] Idem.
[117] Idem.
[118] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.962.
[119] Ibid., p. 1.963.

Para este autor, a observância, pelos juízes e tribunais, dos incisos III a V do artigo 927, poderia mesmo ser questionada em controle difuso de constitucionalidade, ocasião em que os julgadores do país teriam a prerrogativa institucional de se recusar a cumpri-los[120].

Em igual sentido, afirmando a inconstitucionalidade do artigo 927, incisos III a V do NCPC, o autor cita o enunciado n.º 53 aprovado no Fórum Nacional de Processo do Trabalho, segundo o qual caberia exclusivamente à Constituição "autorizar um Tribunal a adotar súmula ou construção jurisprudencial vinculativa dos outros órgãos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, ou normas de caráter impositivo, genéricas e abstratas"[121].

José Miguel Garcia Medina compreende a questão de forma diversa. Segundo esse autor, a adoção de um regime em que os juízes e os tribunais respeitem os precedentes é decorrência lógica de um Estado Constitucional de Direito, que possui como elementos a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais[122].

Bruno Dantas e Theresa Wambier parecem entender de maneira similar, quando afirmam que as críticas em torno da inconstitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes do NCPC não se sustentam, senão por excessivo apego a um pensamento rígido e vetusto diante do fenômeno jurídico, defendendo que "ao direito se afeiçoam outros "estilos" de raciocínio, diferentes da lógica clássica" [123].

Com efeito, sustentam os autores que o princípio da tripartição de poderes deve ser interpretado e erigido à luz da própria Constituição Federal, denotando que a violação à Carta Maior ocorre, ao revés, quando o sistema jurídico não privilegia o princípio da isonomia e a segurança jurídica[124].

É que o juiz, embora não legisle, cria direito ao proferir decisões, sendo mera decorrência lógica dessa realidade que o sistema disponha de instrumentos de uniformização dessas mesmas decisões, conferindo ao

---

[120] Idem.
[121] Ibid., p. 1.964.
[122] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 819.
[123] DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 280.
[124] Ibid., p. 280.

jurisdicionado um tratamento igualitário perante o Poder Judiciário (casos iguais devem receber tratamento igual)[125].

Fredie Didier Júnior parece compactuar com essa perspectiva, para quem o sistema jurídico brasileiro precisa ser repensado a partir de seus princípios e regras basilares, de modo que se possa adequá-lo à nova realidade[126]. Cita, para ilustrar, os princípios da legalidade e da igualdade, e as interpretações que a eles se deve conferir:

> [...] O art. 8º do CPC impõe ao juiz o dever de observar o princípio da legalidade. [...] observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do art. 926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir em conformidade com o Direito. [...] É imprescindível que se promova, também, uma redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal de isonomia frente ao Direito, e não apenas frente à lei. É preciso que, na leitura do caput do art. 5º da Constituição Federal, o termo “lei” seja interpretado como “norma jurídica”, entendendo-se que todos são iguais, ou que devem ser tratados como iguais, perante a “norma jurídica”, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane[127].

Em consonância com o autor acima citado, Luiz Guilherme Marinoni defende que esses mesmos conceitos podem ser conectados com a ideia constitucional de liberdade, igualdade e segurança jurídica, daí porque os precedentes não podem ser vistos como afrontosos à Constituição[128]. Isto porque as normas jurídicas só ganham vida a partir da interpretação judicial, de modo que, na verdade, o respeito à lei deve ser visto como o respeito à interpretação a ela conferida pelos órgãos institucionalmente responsáveis. Nesse sentido, o jurisdicionado não pode ser relegado a um estado de coisas em que ele não saiba “qual seu espaço de liberdade de ação e quais efeitos jurídicos são ligados às suas opções socioeconômicas (princípio da liberdade)” [129].

Há, como se viu, intenso debate na doutrina acerca da constitucionalidade dos precedentes judiciais, tudo levando a crer que o campo de estudo continuará fértil por muito tempo[130]. Não é possível, em uma primeira

---

[125] Ibid., p. 280 e 281.

[126] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 467 e 468.

[127] Idem.

[128] MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio e MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 868.

[129] Idem.

[130] Recentemente, o Jurista Lenio Luiz Streck escreveu quatro artigos em sua coluna semanal no site da revista Consultor Jurídico (Senso Incomum) em que teceu severas críticas ao

análise, determinar qual tem sido o posicionamento adotado por todos os pesquisadores da área, e nem é a pretensão dessa pesquisa. A própria prática jurídica nos tribunais é que demonstrará, ao fim, se os precedentes obrigatórios prevalecerão, sendo que, por ora, não parece ser do intuito do STF declarar a inconstitucionalidade de norma que lhe favorece, diminuindo a quantidade de processos e recursos submetidos ao seu julgamento[131].

CONCLUSÃO

Como se viu ao longo desta pesquisa, há certo consenso na doutrina de que os precedentes judiciais do NCPC não se assemelham ao modelo de precedentes da *common law*, revelando, outrossim, maior afeição com a ideia de vinculação já existente no país através das súmulas vinculantes. A expansão do rol de julgados vinculantes, é bem verdade, altera a maneira de se pensar o Direito no Brasil, mas não chega a ser uma afronta à Constituição Federal ou à tripartição de poderes.

Trata-se de uma resposta ao fenômeno da litigiosidade repetitiva e, sobretudo, à falta de unidade na jurisprudência nacional, eixos difusores de duas problemáticas distintas que encontram nos precedentes uma possível solução. A larga quantidade de idênticos processos que ascendem aos tribunais não apenas tranca a pauta, mas congestiona o próprio acesso à Justiça cuja celeridade não se efetiva. De outra sorte, a falta de consenso na jurisprudência ofende o princípio constitucional da isonomia, relegando os jurisdicionados à incerteza de seu Direito, ao receberem desigual tratamento perante o Poder Judiciário.

No plano das fontes do Direito, não nos parece que a lei tenha enfraquecido. Fortaleceu-se, em verdade, o diálogo entre lei e jurisprudência, permitindo a quebra de um pensamento engessado pela dogmática do século

---

"precedentalismo" do Direito brasileiro. Em resposta, Guilherme Rizzo Amaral publicou artigo denominado "Precedentes e a Tetralogia de Streck", em que enfrentou diversos dos argumentos trazidos pelo jurista gaúcho. O debate seguiu com a publicação, pelo Ministro Luis Roberto Barroso e por Patrícia Perrone Campos Mello do artigo denominado "Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro", ao que o jurista Lenio Streck já reservou coluna no site da revista Consultor Jurídico intitulado "O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes", em que tece suas considerações.

[131] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.491.

XVIII, onde a segurança jurídica do sistema dependia de um juiz inanimado, que limitava-se a declarar a lei.

Com a ascensão dos princípios e dos valores jurídicos, e com o reconhecimento da atividade de interpretação pelos juízes, a jurisprudência não poderia mesmo continuar nos moldes antigos, em que juízes e tribunais detinham carta branca para desrespeitar seus próprios entendimentos pretéritos. É que a lei, embora afigure-se fonte primária de nosso modelo jurídico, já não é suficiente para concretizar o princípio da igualdade que vige em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, é tempo de reconhecer que o Direito não se extrai unicamente da lei, revelando-se, em verdade, através da conjugação entre a lei e a interpretação judicial que dela se faz no território nacional.

Portanto, o novo modelo de precedentes judiciais, no sentido em que o termo é compreendido dentro do NCPC, não vai de encontro com a Constituição, mas, ao revés, caminha ao seu lado objetivando concretizar a isonomia e a segurança jurídica do sistema. No entanto, como todo o resto, a lei só cumprirá a sua finalidade se também os juristas do país sujeitarem-se a esse estado de espírito renovador, enfrentando, evidentemente, as problemáticas que o novo sistema trouxer consigo, mas sem ignorar seus avanços.

Não se desconhece que nos países da *common law* a observância a precedentes judiciais tenha sido uma construção ao longo de tantos anos e não uma imposição legal. Evidentemente, em um país filiado à tradição do *civil law*, como o Brasil, tal inovação só poderia mesmo ser incluída pela lei, o que não deslegitima a empreitada. De mais a mais, fechar os olhos para o novo denota um conservadorismo que não se coaduna com a própria natureza efêmera do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. Disponível em: <https://www.academia.edu/29309760/Precedentes_e_a_Tetralogia_de_Streck>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

DANTAS, Bruno, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo; tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio e MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Breve ensaio sobre o(s) precedente(s) no Direito Comparado. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo-Horizonte, ano 24, n. 94, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240468>. Acesso em 23 jun. 2016.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii. Acesso em: 08 out. 2016.

O DEVER DE PROPORCIONALIDADE APLICADO À ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS

DUTY OF PROPORTIONALITY APPLIED TO THE EXECUTIVE MEASURES ATIPICITY

Nathalia Vergara[132]

RESUMO
O presente estudo analisa o dever de proporcionalidade aplicado à atipicidade das medidas executivas nas obrigações de pagar quantia, diante da inovação da possibilidade com o advento do novo diploma processual, que visa dar maior efetividade ao cumprimento das ordens judiciais nas ações cuja pretensão é satisfazer essa modalidade de obrigação. Foram destacadas três medidas executivas atípicas, isto é, não previstas expressamente no Código de Processo Civil, como objeto de estudo, compreendendo as determinações de suspensão do direito de dirigir, de proibição de participação em concurso público ou em licitações públicas e de bloqueio de cartão de crédito. O objetivo do trabalho foi averiguar a observação do dever de proporcionalidade na fundamentação, consistente no preenchimento dos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito de cada uma dessas medidas. Concluiu-se que as medidas executivas atípicas só podem ser aplicadas após o esgotamento das típicas e que, ainda assim, a medida de suspensão do direito de dirigir carece de melhor justificação para ser aplicada no caso concreto, diante da aparente contradição entre os critérios da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Também assim restou evidenciada a proibição de participar em certames públicos que, mais ainda, mostrou-se ser desproporcional, em sentido estrito, para induzir o devedor à satisfação da obrigação de pagar quantia, tendo em vista o tratamento conferido ao assunto pelo ordenamento jurídico. Já o bloqueio do cartão de crédito foi a medida executiva que menos exigiu construção argumentativa para aplicação como medida coercitiva neste tipo de obrigação.
PALAVRAS-CHAVE: Medidas executivas; Atipicidade; Proporcionalidade.

RESUMO
This study analyzes the duty of proportionality applied to the atypical executive measures in the obligations to pay amount, after the innovation of this possibility, with the advent of the new procedural law, which aims to give greater effectiveness to the enforcement of court orders in the actions which pretension is to meet that obligation mode. For this were highlighted three atypical executive measures, that were not expressly provided for the Code of Civil Procedure, as an object of study, including the determination of suspension of the right to drive, the prohibition to participate in public tender or bidding, and credit card blocking. The objective was to verify the duty of proportionality observation in the judicial reasonings, consistent in the filling out of the adequacy, necessity and proportionality requirements in the strict sense of each measure. It was concluded that atypical executive measures may be applied only after the exhaustion of the typical ones, and even so, the suspension of the right to drive lacks better justification to be applied in this case, due to the apparent contradiction between the adequacy and proportionality in the strict sense. So also remained evident the prohibition to participate in public contests, which, moreover, proved to be disproportionate in the strict sense, to induce the debtor to satisfy the obligation

132 Bacharel em Matemática pela Universidade de Brasília (2011) e possui especialização em Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Gestão Pública pelo Instituto IMP de Ensino Superior (2014). Atualmente integra o corpo discente do Instituto Brasiliense de Direito Público e ocupa o cargo de Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

to pay amount, because of the treatment given to the subject by law. Blocking credit card was the executive measure that less demanded more labor-intensive basis for application as a coercive one in this type of obligation.
PALAVRAS-CHAVE: Executive measures. Atipicity. Proportionality.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Federal nº 13.105/2015, Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), surgem inovações nas regras do ordenamento jurídico, que demandam uma reciclagem das interpretações relativas às normas processuais, as quais devem ser feitas à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988).

Uma dessas inovações refere-se à ampliação da incidência da norma que possibilita ao magistrado, na função de dirigir o processo, determinar todas as medidas executivas que reputar necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, incluindo a que reconhece a obrigação de prestação pecuniária.

Essa cláusula geral confere ao magistrado prerrogativa que tem como escopo o cumprimento da determinação judicial, no sentido de conferir-lhe maior efetividade, vez que, não raro, consuma-se no processo uma situação em que o credor tenha sua pretensão reconhecida, muito embora não consiga satisfazê-la.

É que, de fato, medidas executivas típicas, que são as previstas no próprio diploma processual, eleitas como adequadas para fins de satisfazer determinada obrigação, muitas vezes se revelam insuficientes, o que justifica a regra para ampliar as possibilidades de medidas, incluindo as atípicas, a serem determinadas pelo juiz que, incumbido de dirigir o processo, busca a efetivação da ordem judicial em cada caso concreto.

Todavia, as regras processuais têm o seu fundamento retirado da CF/1988 e, por isso, não podem ser interpretadas de modo que desafiem as normas postuladas pela carta magna. Daí que, por mais amplos os poderes conferidos ao juiz que a interpretação da cláusula geral disposta no diploma processual possa evidenciar, certo é que existem limitações constitucionais a serem observadas no exercício de tal prerrogativa pelo magistrado.

Atento a isso, recentemente, foi veiculada por doutrinadores (GAJARDONI, 2016; NEVES, 2016), com base na atipicidade das medidas

executivas, a possibilidade de suspensão do direito de dirigir do devedor, mediante apreensão de carteira nacional de habilitação do executado, de proibição de participar em concursos públicos ou em licitações públicas, bem assim do bloqueio de cartão de crédito, no âmbito das ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Determinações judiciais como essas são objeto de preocupação por estudiosos, porquanto se questiona se direitos fundamentais estão sendo ameaçados.

Daí a importância de se identificar em que medida a cláusula geral de poderes conferidos ao magistrado no novo diploma processual (artigo 139, IV) é limitada pela proteção constitucional a bens jurídicos, em especial, aos direitos do executado, objeto da restrição.

Uma das limitações constitucionais imposta ao magistrado é o dever de fundamentar as decisões judiciais, inclusive a que impõe restrição aos direitos do executado, sobretudo a decisão que determina uma medida executiva atípica, isto é, não expressamente prevista no diploma processual, a fim de conferir-lhe melhor legitimidade e evitar decisões arbitrárias.

Neste contexto, o presente trabalho consiste em analisar, do ponto de vista teórico e jurisprudencial, possíveis fundamentações na aplicação das medidas executivas atípicas que poderiam surgir em julgados e argumentar se elas se sustentam ou não com base na proporcionalidade.

Para tanto, são eleitas como objeto de estudo as três possibilidades de medidas executivas ora veiculadas, quais sejam: a suspensão do direito de dirigir, a proibição de participar em certames públicos e o bloqueio do cartão de crédito, todas nas execuções de obrigação de pagar quantia.

1. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

A cláusula geral que confere ao magistrado a possibilidade de determinar medidas atípicas para efetivação da tutela consta no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, *in verbis*:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (…) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias

> necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Na verdade, o instituto da atipicidade das medidas que visam assegurar o cumprimento da ordem judicial não é propriamente uma novidade nas normas processuais brasileiras, porquanto já constava no CPC/1973 a possibilidade no artigo 461, §5º:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (…) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Todavia, no diploma processual anterior, a aplicação da atipicidade das medidas executivas estava adstrita às ações que tinham como objeto o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer. A inovação consiste na aplicação do instituto às ações que tenham como objeto prestação pecuniária (artigo 139, IV, do CPC/2015).

Há de se observar, contudo, que o dispositivo é o único fundamento legal para fins de utilização de medidas executivas atípicas nas execuções de pagar quantia, uma vez que o preceito não foi reproduzido nas disposições específicas que tutelam essa modalidade de obrigação. Não obstante, dessa ausência de disciplina em regras próprias não decorre que se afaste a aplicação do dispositivo nas execuções de obrigação de pagar quantia (DIDIER JR., 2016).

Tanto é assim que no Fórum Permanente de Processualistas Civis (BRASIL, 2016), sob o Enunciado nº 12, assentou-se o entendimento de que as medidas atípicas aplicam-se a qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial.

Primeiramente, não se pode afirmar que essa cláusula geral está limitada em absoluto por outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Isso porque o dispositivo também tem o condão de tutelar um direito fundamental. Trata-se, de fato, de um dever do juiz de conformar os meios

executórios a fim de honrar o direito fundamental do exequente à tutela jurisdicional efetiva (DIDIER JR., 2016).

A necessidade de adotar um sistema atípico de mecanismos executórios para fins de efetivação desses direitos fundamentais tem origem na superação do entendimento de que o Estado deveria apenas assumir uma posição passiva, sem se comprometer com a tutela efetiva do direito posterior à sentença de mérito, quando o direito de ação era concebido pelo aspecto meramente formal de acesso à jurisdição (DIDIER JR., 2016).

E, mais que isso, “são raras as hipóteses de direitos que encontram irrestrita proteção apenas na sentença final de mérito, dispensando atos de concretização que operem no plano material” (DIDIER JR., 2016, p. 63).

Enfim, a regra processual aplicada à função executiva se volta para a concretização de um direito reconhecido judicialmente, revelando-se em norma de efetivação de direitos fundamentais, tais como a inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, bem como razoável duração do processo e garantias para a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, XXXV, LIV, LXXVIII, da CF/1988), cujo núcleo essencial também deve ser protegido (ALVIM, 2014).

Aliás, em relação ao que Medina denomina de princípio da atipicidade das medidas executivas, o autor anota que:

> Aparentemente, este seria o sistema perfeito, porquanto ao se permitir ao juiz tomar as medidas que julgasse mais apropriadas ao caso concreto, se estaria realizando verdadeiramente o direito de acesso efetivo à Justiça consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal” (MEDINA, 2014, p. 409-410).

No entanto, sob a ótica do executado, não se olvida que a este devem ser garantidos o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, consoante o artigo 5º, LIV, LV, LXXVIII, da CF/1988 (ALVIM, 2014) e que tampouco a efetivação da tutela em favor do credor pode ser sobreposta à dignidade da pessoa humana do devedor. Na verdade, para que se tenha a exata compreensão dos limites da função executiva, urge analisar o próprio direito material envolvido (ASSIS, 2013, p. 80).

De todo modo, está-se diante de um conflito, envolvendo direitos fundamentais a serem protegidos ou efetivados: de um lado, há a perspectiva de que o processo de execução se desenvolva em benefício do credor, a fim de dar efetividade ao cumprimento da ordem judicial em seu benefício; e de outro, de

que os direitos fundamentais do devedor devam ser resguardados, de modo que a determinação das medidas executivas atípicas pelo juiz deva buscar a máxima efetividade da execução da forma menos onerosa ao executado (MEDINA, 2015, p. 1.090).

Certo é que, qualquer que seja a medida eleita pelo magistrado, reputada como "necessária ao cumprimento da ordem judicial", deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (artigo 93, IX, da CF/88 c/c artigo 489 do CPC/2015) e de adoção de critérios discrepantes para fixá-la no caso concreto (MEDINA, 2004).

E, como bem explicam os professores Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2014, p. 419) "motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes".

O embasamento da escolha judicial por uma ou outra medida executiva deve observar a proporcionalidade, conforme artigo 8º do CPC/2015:

> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ademais, a fundamentação de uma decisão que restringe direitos não se cinge a averiguar a constitucionalidade da restrição, mas também a sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade (MENDES; BRANCO, 2014, p. 226).

Em especial, no caso, por fundar-se em cláusula geral, há de ser aferida a proporcionalidade da medida executiva concreta. É que, diante do risco de violação aos direitos fundamentais do executado, a aplicação da proporcionalidade parece ser solução "irrepreensível na maioria dos casos, sobretudo naqueles que envolvem normas de conformação extremamente abertas (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas)" (MENDES, BRANCO, 2014, p. 232).

A respeito, nas palavras de Humberto Ávila (1999, p. 171):

> A relevância que o direito moderno começou a atribuir ao dever de proporcionalidade se explica pelo estabelecimento de direitos e garantias individuais nas constituições modernas. A proporcionalidade com a função de estabelecer limites à

> atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, de outro, a garantia de direitos individuais.

Na redefinição do dever de proporcionalidade sugerido pelo autor, esse "decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim" (ÁVILA,1999, p. 172)

Desse modo, o dever de proporcionalidade é compreendido como um "postulado normativo aplicativo" cabível à análise em abstrato da correlação entre bens jurídicos e da medida que se presta a protegê-los, conforme exposição do mencionado autor.

Esta análise da proporcionalidade da medida adotada pelo magistrado consiste em averiguar a presença concomitante de três critérios: (i) adequação, isto é, se ela se mostra apta a alcançar o resultado almejado; (ii) necessidade, se, dentre outras medidas possíveis, revela-se menos restritiva ao outro bem jurídico envolvido; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, se é de fato proporcional em relação ao fim pretendido (ÁVILA, 1999).

Ademais, impende observar que o presente trabalho optou pelo uso racionalizado da proporcionalidade, afastando-se das controvérsias que circundam o tema, sob o risco de sua "utilização retórica e assistemática" (RODRIGUES, 2014, p. 5).

2. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DA MEDIDA ATÍPICA

Dito isso, visto que há três critérios pelos quais verifica-se a observação do dever de proporcionalidade [adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito], na análise da adequação, há de se ter em vista o resultado almejado.

Com efeito, a adequação "exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos" (MENDES, BRANCO, 2014)

Assim, insta questionar, em primeiro lugar, a adequação da medida coercitiva ou indutiva de suspensão do direito de conduzir veículo automotor até pagamento do débito, conforme ventilado por doutrinadores, como Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2016, p. 987).

Em um contexto em que o devedor estaria inadimplente pelo não pagamento de multa de trânsito, seria apta a suspensão do direito de dirigir como medida de coerção para que o devedor efetue o pagamento da dívida?

A princípio, a determinação se mostra adequada, isto é, útil para atingir o resultado pretendido, à medida que constrange o devedor que, de fato, dirige, porquanto este restará privado de circular pelas vias conduzindo veículo automotor, conforme habitualidade, influindo em tese na sua rotina.

Em tese, porque nem sempre a multa de trânsito exequenda decorre do ato de conduzir o veículo, uma vez que a penalidade administrativa também pode ser direcionada ao proprietário do bem (artigos 3º e 257 do Código de Trânsito Brasileiro), o qual, não necessariamente tem o hábito de dirigir, não sendo o meio executório, pois, passível de ser considerado adequado pela patente inaptidão ao atingimento do resultado almejado, restando desaprovado no primeiro crivo do dever de proporcionalidade.

E a mesma cautela de pertinência deve ser conferida à fundamentação do magistrado, em se tratando de executado por dívida contraída com particulares. Afinal, frisa-se que não necessariamente o proprietário ou o sujeito que tomou empréstimo para adquirir o veículo o conduz, condição indispensável para que se evidencie adequada a suspensão do direito de dirigir.

Não obstante, reconhece-se que sequer a tese de que bastaria o devedor conduzir veículo é suficiente para afirmar incólume ao dever de adequação, uma vez que só as circunstâncias do caso concreto permitiriam aferir o estímulo ao resultado pretendido com o uso da medida (MENDES, BRANCO, 2014, p. 227).

Daí a pertinência da ponderação que se faz à fundamentação baseada na premissa de que se o executado não tem como solver a dívida, ele não pode manter um veículo, como em recente julgado na 2ª Vara Cível – Foro Regional XI – Pinheiros (BRASIL, 2016), à míngua de demonstração da propensão coatora da medida.

Quanto à determinação de proibição de participar de licitações públicas ou de concurso público, ainda em relação à estrita análise da adequação da medida, esta resta vislumbrada apenas nas hipóteses em que a pessoa jurídica ou física devedora tenha a intenção de concorrer, mediante demonstração nos autos de que a pessoa jurídica ou física efetivamente participa dessas modalidades de disputa.

Do contrário, esvaziar-se-ia a natureza coercitiva da determinação e, por conseguinte, subsistiria inábil para atingir o resultado almejado.

Não se pode olvidar da dificuldade da exigência de demonstração aqui cogitada, sobretudo em se tratando de pessoas físicas. Todavia, certo é que, se no caso concreto possa ser evidenciado potencial coercitivo da suspensão de tal direito para que o devedor cumpra a ordem judicial, restaria configurada a sua adequação, sob o amparo da cláusula geral do artigo 139, IV, do CPC/2015.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado à análise do preenchimento do requisito da adequação da determinação de bloqueio do cartão de crédito, hipótese que, por outro lado, reputa-se mais clara na propensão coatora de pagamento de quantia do que as determinações retro ventiladas.

Isso porque há correspondência da determinação com o resultado almejado à medida que o executado fica impossibilitado de contrair dívidas junto a administradora do cartão até que promova o pagamento da quantia exequenda, o que torna nítido o conteúdo coercitivo para justificar a adequação da medida.

Tanto é assim que se admite cláusula contratual que permite à própria administradora credora bloquear o crédito do cartão, em caso de inadimplemento, a fim de que o débito seja satisfeito antes da contratação de novos créditos (BRASIL, 2009).

Ultrapassada a análise da adequação da medida atípica nos casos exibidos, o que envolveu apenas a averiguação da propensão da medida a dar cumprimento à ordem judicial, urge avaliar sua necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sob pena de reduzir a fundamentação da escolha a um viés utilitarista, com enfoque apenas no resultado, isto é, sem considerar a natureza do meio executivo eleito para atingi-lo.

A respeito, convém reproduzir censura recente feita por Lênio Streck e Dierle Nunes (2016), porquanto “a nova cláusula legal impõe novos desafios interpretativos que podem conduzir a uma análise *superficial e utilitarista* de busca de resultados que desprezem a necessária leitura constitucional”.

Assim, aprovada do crivo da adequação, para que a medida observe o dever de proporcionalidade, impende averiguar sua necessidade de modo que, dentre todas as medidas executivas possíveis, aquela escolhida pelo magistrado

restrinja menos o direito fundamental envolvido do executado (ÁVILA, 1999 e ALVIM, 2014).

É dizer que a necessidade se caracteriza quando não há nenhum meio menos gravoso igualmente eficaz para a realização do objetivo (MENDES; BRANCO, 2014).

Nesse sentido, há de se anotar o princípio da menor onerosidade da medida executiva, nos termos do artigo 805 do CPC/2015: "Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado", porquanto o juiz deve providenciar que os atos executivos procedam da forma menos prejudicial ao devedor (MEDINA, 2016).

Mais do que isso, à luz do princípio da segurança jurídica, no sentido de conferir maior previsibilidade ao jurisdicionado quanto ao procedimento judicial (artigo 5º, LIV, da CF/88), defende-se que, para que haja o atendimento da exigência da necessidade da medida executiva atípica lançada ao executado, antes as medidas executivas típicas devem ter sido frustradas.

Assim, esgotadas as medidas taxativamente previstas no diploma processual, reputar-se-ia necessário recorrer à cláusula geral de efetivação.

Nesse sentido, "percebe-se que o poder-coercitivo atípico ou sucederá o poder coercitivo típico ou será indispensável acurado ônus argumentativo, para demonstrar que, naquelas circunstâncias, a sua utilização será menos restritiva" (ALVIM, 2014).

Considerando que todas as medidas executivas apresentadas como objeto de estudo deste trabalho foram apresentadas em um contexto em que a ordem judicial seria no sentido de pagar quantia, ou seja, o pagamento de multa decorrente de infração no trânsito, de dívida contraída entre particulares ou decorrente de financiamento bancário, as medidas típicas, isto é, taxativamente previstas no diploma processual para a satisfação dessa espécie de execução [obrigação de pagar quantia] são as medidas sub-rogatórias por expropriação (artigo 523, §3º, do CPC/2015).

A medida sub-rogatória por expropriação independe da participação do devedor, uma vez que o Estado se sub-roga na vontade deste, em busca de patrimônio penhorável, a fim de satisfazer a obrigação pecuniária, seja por meio

da entrega do dinheiro ao credor, ou por meio da adjudicação do bem penhorado (artigo 904 do CPC/2015).

Desse modo, apenas com a verificação da ausência de bens patrimoniais do executado passíveis de penhora e da sua resistência no cumprimento da obrigação pecuniária, é que poderia cogitar o magistrado de lançar mão dos meios executórios atípicos (NEVES, 2016), uma vez que preenchido o requisito da necessidade para fins de observação do dever de proporcionalidade.

Oportuno ainda notar que o procedimento executivo no novo diploma processual admite a autocomposição (artigo 190 do CPC/2015), isto é, há possibilidade de que as partes possam convencionar sobre o meio executivo a ser adotado. Todavia, em razão da indisponibilidade do “direito processual fundamental do art. 5º, LIV, da CF/1988”, esse ajuste entre as partes deve observar a tipicidade do meio executório (ASSIS, 2016, p. 187).

Portanto, de todo modo, urge esgotar as medidas executivas típicas postas à disposição do magistrado, a fim de que se possa fundamentar a necessidade da medida atípica, mediante a verificação da insuficiência dos meios executórios expressamente previstos, reputados adequados pelo legislador para atingir o resultado de satisfação do crédito.

3. A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Preenchidos os requisitos da adequação e da necessidade, impende averiguar se a medida executiva atípica é de fato proporcional ao fim pretendido – ao cumprimento da ordem judicial.

A proporcionalidade em sentido estrito requer mais rigorosa ponderação entre a relevância da intervenção para o devedor e o resultado pretendido com a medida imposta pelo magistrado (MENDES; BRANCO, 2014).

Daí a relevância em se identificar os bens jurídicos envolvidos a fim de não esvaziar o núcleo essencial dos direitos fundamentais resguardados a ambas as partes em litígio e de não implicar excesso, sob pena de abuso judicial (GAJARDONI, 2016).

Conquanto a penalidade da suspensão do direito de dirigir não seja considerada jurisprudencialmente uma violação própria ao direito de locomoção passível de proteção via *habeas corpus*, mas sim uma pena restritiva de direitos

(Supremo Tribunal Federal, HC 104234/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, data de julgamento: 28/09/2010), impõe-se esclarecer que a impetração do *writ* se presta à tutela imediata do direito de locomoção, consoante o precedente julgado na Suprema Corte:

> Com a cessação, em 1926, da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a destinação constitucional do remédio heroico restringiu-se, no campo de sua específica projeção, ao plano da estreita tutela da imediata liberdade física de ir, vir e permanecer dos indivíduos, pertencendo, residualmente, ao âmbito do mandado de segurança, a tutela jurisdicional contra ofensas que desrespeitem os demais direitos líquidos e certos, mesmo quando tais situações de ilicitude ou de abuso de poder venham a afetar, ainda que obliquamente, a liberdade de locomoção física das pessoas. O remédio constitucional do *habeas corpus*, em consequência, não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (a proteção da relação de confidencialidade entre advogado e cliente, no caso), não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. A jurisprudência do STF tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do *habeas corpus*, cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Doutrina. Precedentes. (...) A mera formulação, por representante do Ministério Público, de pedido de interceptação telefônica, para os fins a que se refere a Lei 9.296/1996, por traduzir simples postulação dependente de apreciação jurisdicional (CF, art. 5º, XII), não importa, só por si, em ofensa à liberdade de locomoção física de qualquer pessoa, descaracterizando-se, desse modo, a possibilidade de adequada utilização do remédio constitucional do *habeas corpus*.
> (**HC 83.966 AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, j. 23-6-2004, P, *DJ* de 25-11-2005.)

Por outro lado, seria incorreto afirmar que o direito de dirigir não estaria compreendido no direito fundamental de locomoção (artigo 5º, XV, CF/88), já que este, ao menos obliquamente, restaria afetado pela medida restritiva. Com efeito, trata-se de uma liberdade constitucionalmente reconhecida em face de eventual intervenção estatal (HONORATO, 2011).

No entanto, a suspensão do direito de dirigir, em regra, é aplicada em um contexto em que se protege o direto de todos à segurança do trânsito (artigo 23, XXII, da CF/88 c/c artigo 1º, §2º, do CTB) e, ainda, constitui efeito de condenação penal quando o veículo é utilizado como instrumento para a prática de crime doloso (NUCCI, 2015, p. 540).

No caso, vislumbra-se a aplicação da restrição, não com o propósito de preservar a segurança do trânsito ou com a natureza de penalizar o infrator, o que encontraria óbice na adequação (RODRIGUES, 2014), mas como medida coercitiva para que o devedor efetue o pagamento de multa exequenda ou de dívida contraída entre particulares, como decidido recentemente na Segunda Vara Cível do Foro Regional XI – de Pinheiros (SÃO PAULO, 2016).

A princípio, parece ser desproporcional a determinação de suspensão da carteira de habilitação do condutor devedor, ainda que considerado o interesse do exequente em concretizar a tutela jurisdicional, e todos os crivos – adequação e necessidade – ultrapassados para a devida fundamentação da medida.

É que, por mais que a proteção ao núcleo essencial da liberdade de locomoção não seja atingida de forma imediata, trata-se de uma restrição pessoal que vai de encontro com a regra de que o devedor deva responder com o seu patrimônio (artigo 789 do CPC/2015).

Com efeito, a responsabilidade patrimonial é resultado de longo percurso desde o Direito Romano primitivo até que fosse eliminado o caráter pessoal da execução. E os resquícios das medidas pessoais ainda admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro tem aplicação em hipóteses excepcionais, como é o caso da prisão civil por dívida de alimentos.

Desse modo, reputa-se a desproporcionalidade da medida que impõe a responsabilidade pessoal, apenas com fulcro em uma interpretação extensiva da cláusula geral (artigo 139, inciso IV, do CPC/2015), tendo em vista o risco de retrocesso civilizatório e de alto custo social, considerada a inalienabilidade de valores como a vida humana, a liberdade e a integridade física em face da pretensão do credor de prestação pecuniária (DANTAS, 2016).

De fato, urge também considerar que a liberdade de locomoção não é o único direito a ser restringido, diante da dimensão mais ampla de direitos do executado que podem ser atingidos com a medida no caso concreto.

Um exemplo disso é cogitar a possibilidade de que o devedor use o veículo como forma de trabalho, tal como o taxista ou motorista (NEVES, 2016), o que poderia configurar eventual excesso e ainda violação à liberdade do exercício profissional (artigo 5º, XIII, da CF/88). Mais ainda, o livre exercício profissional é atingido à medida que o indivíduo necessita se deslocar intensamente, como é o caso de representantes comerciais.

Tanto é sensível a aplicação da medida, sobretudo em se tratando de obrigação de pagar quantia, que o tema “Suspensão de habilitação para dirigir de motorista profissional condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor” sob o nº 486, foi alçado como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011).

Além disso, há patente restrição na liberdade de escolha do indivíduo de como dispor do seu tempo, uma vez que pode estar sendo submetido a despender horas em transporte público, enquanto poderia optar pela comodidade da utilização de carro.

Nas hipóteses em que o executado assume um papel de relevância para os seus dependentes, como o de transportá-los até colégio, hospital e outras localidades, torna-se nítida a amplitude da dimensão de direitos que a medida coercitiva é apta a violar.

Assim, a medida consistente na suspensão do direito de dirigir não parece guardar proporcionalidade, porquanto há que se reconhecer a dimensão de outros direitos a serem afetados, além da liberdade de locomoção, que também é restringida de forma oblíqua.

Noutro giro, não parece ser proporcional a proibição de participação em licitação pública ou em concursos públicos sem fundamento em norma legal que restrinja o amplo acesso aos certames promovidos pelo Poder Público.

O diploma constitucional é claro no sentido de conferir amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei (artigo 37, I, da CF/88). Ora, se não há lei no ordenamento jurídico que restrinja o acesso aos cargos públicos àqueles que figuram como devedores em processo judicial, reputa-se inconstitucional a interpretação extensiva da cláusula do artigo 139, IV, do CPC/2015 para conferir ao magistrado tal prerrogativa, uma vez que extrapolado o disposto no artigo 37, I, da CF/88.

A respeito, o professor Guilherme Pupe da Nóbrega (NÓBREGA, 2016) anota que se trata “mais que uma imposição ao Estado, de norma que instrumentaliza a isonomia, a fazer com que alguns doutrinadores o situem [livre acesso aos cargos públicos], mesmo, no rol dos direitos fundamentais”. Daí ainda a gravidade na proibição de participação em concurso público como medida atípica para fazer cumprir ordem judicial, considerado o risco de esvaziamento do núcleo essencial do bem jurídico protegido.

É com esse entendimento, consubstanciado na imprescindibilidade da reserva legal, que se sustenta também dever ser rechaçada a proibição da participação em licitação pública com base na cláusula geral do artigo 139, IV, do CPC/2015. Nesse sentido de alçar apenas à legislação a legitimidade para dispor sobre o assunto, confira-se o disposto nos artigos 173, §1º, III, e §3º, e 175, da CF/88.

Não se pode ignorar que existe todo um ordenamento jurídico que enaltece o caráter competitivo do processo de licitação pública, o qual "somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (artigo 5º, XXI, da CF/88). Não fosse isso, a Lei nº 8.666 de 1993, que institui normas para licitações da Administração Pública, veda a limitação do caráter competitivo em razão de "circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato".

Desse modo, a proibição de participação em certames públicos pode decorrer de impedimento ou suspeição, de penalidade administrativa em razão de inexecução parcial ou total do contrato, de fraude fiscal, de prática de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação, incluindo aqueles que configurem a inidoneidade da empresa ou do profissional (artigos 9º, 87, III e IV, e 88 da Lei nº 8.666/93, artigo 7º da Lei nº 10.520/02, artigo 46 da Lei nº 8.443/92), além de poder decorrer de improbidade administrativa (artigo 12 da Lei 8.429/92) ou de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente (artigo 72, XI, §8º, V, da Lei nº 9.605/98).

Portanto, à míngua de previsão legal expressa para a imposição dessa responsabilidade pessoal, assim como ocorre para a suspensão do direito de dirigir, e de pertinência da determinação de proibir a contratação com o Poder Público direcionada ao executado pela obrigação de pagar quantia certa, entende-se patente a desproporcionalidade da medida, que se encontra em nítido desacordo ao tratamento conferido ao tema pelo ordenamento jurídico.

Ademais, tanto no caso da medida que suspende o direito de dirigir, como no da medida que proíbe a contratação com o Poder Público, não se pode olvidar notória inconstitucionalidade da imposição quando não impõe limite temporal à aplicação da restrição aos direitos do executado (artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da CF/1988).

Tanto é assim que até mesmo no decreto da prisão civil por dívida alimentar, admitida por reconhecer-se que a liberdade do alimentante deve ceder à dignidade da pessoa do alimentado, deve constar o prazo da medida executiva, o qual não pode ultrapassar 3 (três) meses (artigo 528, §3º, do CPC/2015).

Finalmente, quanto ao bloqueio de cartão de crédito, a realidade impõe que se reconheça a sociedade de consumo estabelecida da qual decorre uma espécie de economia de endividamento (CALIXTO; SEIXAS, 2013), bem assim a proteção constitucional a que acode o consumidor (artigo 5º, XXXII, da CF/88).

Não obstante, ainda na relação consumerista entre a administradora do cartão e o consumidor devedor, a jurisprudência não considera abusiva a cláusula no contrato de adesão que permite o bloqueio temporário do cartão de crédito justificado pelo inadimplemento (BRASIL, 2009).

> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CLÁUSULA QUE PERMITE O BLOQUEIO TEMPORÁRIO DE CARTÃO DE CRÉDITO POR FALTA DE PAGAMENTO. ABUSIVIDADE E POTESTATIVIDADE. INEXISTÊNCIA. OBSERVAÇÃO, PELA ADMINISTRADORA, DO TEMPO RAZOÁVEL PARA DESBLOQUEIO APÓS A QUITAÇÃO DO DÉBITO. 1.- É válida a cláusula contratual que permite o bloqueio temporário do cartão de crédito após a verificação de descumprimento contratual pelo consumidor, pois não o coloca em situação de sujeição ao puro arbítrio da administradora (art. 122 do CC), porquanto o bloqueio decorre do fato de o consumidor não cumprir com suas obrigações contratuais, sendo que, "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro" (art. 476 do CC/2002). 2.- A liberação do uso do cartão no terceiro dia útil após o pagamento do débito, observa prazo razoável para compensação bancária do pagamento e repasse à Recorrente e dentro da previsão contratual, que é de 5 dias no caso (cláusula 16.4), de modo que não configurada abusividade por parte da administradora. Recurso Especial conhecido e provido, julgado improcedente a ação.

Ora, se o ordenamento jurídico possibilita que o próprio fornecedor do crédito suspenda a prestação do serviço em razão do inadimplemento, não há que se falar na excessividade da medida imposta pelo magistrado sob o manto da mesma justificativa. Na verdade, evidencia-se respeitada a economicidade da execução, na medida em que o sacrifício imposto ao devedor é compatível com a exigência do resultado (ASSIS, 2016, p. 147).

Por outro lado, há de se reconhecer que a medida coercitiva não afeta apenas o devedor, mas, indiretamente, também a própria administradora do cartão crédito que fica impedida de auferir eventual lucro com o exercício da sua atividade. Todavia, esse reflexo da medida parece não ser excessivo à administradora, já que é intrínseco à sua atividade avaliar os riscos de inadimplência para efetivar a contratação, considerando que, em tese, restou demonstrado nos autos o esgotamento das medidas executivas em face do devedor.

Ademais, à luz do princípio da isonomia (artigo 5º, I, da CF/1988), “salvo as hipóteses legalmente previstas de privilégios creditórios, os credores se encontram em situação de igualdade perante o Poder Judiciário na busca pela satisfação de seu crédito” (MELO JÚNIOR, 2015, p. 71).

Assim, evidencia-se a proporcionalidade da determinação judicial do bloqueio de cartão de crédito a fim de conferir efetividade à ordem judicial nas obrigações de pagar quantia.

4. CONCLUSÃO

A aplicação da cláusula geral de efetivação da tutela judicial encontra obstáculos no ordenamento jurídico. Um deles, tratado neste estudo, é o dever de fundamentação da decisão judicial quando conclui pela necessidade de aplicar uma medida executiva atípica, o que se revela deveras vezes trabalhoso.

E não poderia ser de outra forma, uma vez que se está restringindo direitos por meio de uma medida não expressamente prevista no diploma processual, não podendo haver espaço para arbitrariedades. Isso é um reflexo do dever constitucional de fundamentação direcionado ao magistrado, pautada pela proporcionalidade.

Em relação à proporcionalidade da medida executiva consistente na suspensão do direito de dirigir, o estudo permite concluir que há adequação tão somente quando direcionada ao devedor que de fato dirige e, ainda assim, deve ser evidenciada a pertinência da medida e a sua aptidão para alcançar o resultado almejado, o que só ocorreria caso efetivamente influenciasse no cotidiano do devedor.

No entanto, essa influência esbarra na análise da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto há de ser considerada a proteção à liberdade de locomoção e a amplitude da dimensão dos demais direitos do devedor protegidos constitucionalmente, como ocorre no caso do livre exercício profissional.

Ademais, a interpretação da cláusula geral extensiva para aplicar a responsabilidade pessoal como medida executiva encontra óbice na regra de que o executado deva responder como o seu patrimônio pela dívida contraída.

Assim, restou evidenciada a dificuldade para o embasamento da determinação da aplicação da referida medida com base na proporcionalidade, tendo em vista ainda a aparente contradição entre o critério da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à proibição de participação em concurso público ou em licitação pública para fins de coagir o devedor a pagar a dívida, a medida executiva também não encontrou melhor sorte no teste da proporcionalidade.

Com efeito, fundamentá-la no sentido de que é adequada ao fim almejado é partir do pressuposto de que a pessoa jurídica ou física executada é participante ativa desses tipos de certame.

Não fosse isso, restou configurado o excesso da medida aplicada às obrigações de pagar quantia, diante do risco de esvaziamento do direito ao acesso aos cargos públicos e à participação nos certames.

De fato, a restrição desses direitos mostra-se demasiadamente onerosa, à medida que não prescinde de fundamento legal permissivo expresso nesse sentido e de pertinência na determinação, o que não se configura em face do executado naquela modalidade de obrigação.

Já a determinação de bloqueio do cartão de crédito pareceu ser a medida mais adequada e proporcional, em sentido estrito, das que foram objeto deste estudo, uma vez que não encontrados maiores obstáculos na sua aplicação.

Por fim, para que todas essas medidas executivas atípicas possam ser aplicadas pelo juiz, há que se esgotar as medidas típicas – expropriatórias para as obrigações de pagar quantia –, previstas no diploma processual, a fim de caracterizar a necessidade. Afinal, devem ser preservadas a segurança jurídica e a previsibilidade das determinações, notadamente em respeito ao princípio de

que a execução se promove em benefício do credor, mas da forma menos onerosa ao executado.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM, Arruda et al. (Coord*.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC [livro eletrônico]: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis.* 56. Poderes executórios atípicos no Projeto de Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, (215):151-179, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999.

BRASIL. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104234/SP, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 28/09/2010. Data de Publicação: 15/10/2010.

BRASIL. SÃO PAULO. 2ª Vara Cível – Foro Regional XI – Pinheiros. Decisão disponibilizada no processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011 em 29/08/2016. Publicada em: 30/08/2016. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0B0012QC40000&processo.foro=11&uuidCaptcha=sajcaptcha_a99db7d0f02b4c82bedd9699106f5e97>. Acesso em 07/09/2016.

BRASIL. SÃO PAULO. Fórum Permanente de Processualistas Civis (18,19 e 20 de março de 2016). Enunciado 12. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 15/09/2016.

BRASIL. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 770053/MA. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 03/11/2009. Data de publicação: 13/11/2009.

BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 607107RG/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de divulgação: 15/12/2011. Data de Publicação: 16/12/2011.

CALIXTO, Fabiana de Carvalho; SEIXAS, Maria Clara de Souza. A Importância da Tutela da Situação de Superendividamento do Consumidor Brasileiro. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 151, 2013.

DANTAS, Bruno. Limites da cobrança de dívidas. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/10/1820650-limites-da-cobranca-de-divida.shtml>. Acesso em: 08/11/2016.

DIDIER JR., Fredie (coord.). Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. JOTA. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia##LS>. Acesso em 28/08/2016.

HONORATO, Cássio Mattos. *Trânsito seguro: direito fundamental de segunda dimensão*. Revista dos Tribunais, v. 911, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: teoria geral: princípios fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELO JÚNIOR, José Eustáquio de. Dos atos de constrição antes de ajuizada ação executiva: um enfoque sobre o aprovisionamento de crédito de conta bancária de correntista pelos bancos. *Revista ESMAT*, [S.l.], v. 6, n. 7, p. 43-78, jun. 2015. ISSN 2447-9896. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/2>. Acesso em: 15/09/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assunpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC/2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>. Acesso em: 10/09/2016.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Conalgo. Poderes executórios do juiz na efetivação da tutela específica: limites e possibilidades. *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje,* ISSN-e 1989-3892, Nº. 1, 2014.

STRECK, Lenio; Nunes, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?. *Conjur*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftn8>. Acesso